

PRAVNI ŽIVOT

ČASOPIS ZA PRAVNU TEORIJU I PRAKSU

»Pravni život«, časopis za pravnu teoriju i praksu pojavio se 1952. godine kao zajedničko glasilo udruženja pravnika Srbije i Bosne i Hercegovine, a nešto docnije i Udruženja pravnika Crne Gore.

Pošto su ostala dva udruženja počela izdavati sopstvene časopise, »Pravni život« 1969. godine postaje glasilo Udruženja pravnika Srbije.

Časopis objavljuje teorijska istraživanja i studije iz jugoslovenskog i uporednog prava kao i materijale sa naučnih i stručnih skupova. U njemu se poklanja pažnja svemu onome što se u pravnom životu zbiva. Na njegovim stranama objavljuju se izabrane odluke iz sudske i arbitražne prakse, osvrti i prikazi novih knjiga kao i raznovrsni prilozi iz svakodnevne prakse. Kao glasilo Udruženja pravnika Srbije, časopis prati delatnost pravničke organizacije i o njima obaveštava čitaoce.

Dosadašnji urednici »Pravnog života« bili su: Mihailo Đorđević (1952–1969), dr Živojin Aleksić (1969–1975) i dr Milan Petrović (1975–1980).

Broj 10/2016 / Godina LXV / Knjiga 584

1–780

B e o g r a d

Glavni i odgovorni urednik
SLOBODAN PEROVIĆ

Redakcija
MIODRAG ORLIĆ, SLOBODAN PEROVIĆ,
RATOMIR SLIJEPČEVIĆ

Izdavački savet
Budimir Košutić, Petar Milutinović, Miroslav Paunović,
Slobodan Perović, Dragoljub Petrović, Gordana Stanković,
Slobodan Šoškić, Miroslav Varićak

Izdavač
UDRUŽENJE PRAVNIKA SRBIJE
Beograd, Krunska 74
tel. 244-69-10
fax 244-30-24, poštanski fah 18
E-mail: upj@EUnet.rs
www.Kopaonikschool.org

Lektura i korektura
Dragana Beker

Kompjuterska obrada i prelom teksta
Javorina Beker

Pretplata za 2016. godinu iznosi: za fizička lica – 4.000 dinara,
za pravna lica – 8.000 dinara, za inostranstvo – 200 Eura,
Pretplata se vrši na žiro račun broj: 310-203539-17
Pretplata ne obuhvata tematske brojeve

Tiraž: 1.000 primeraka

Štampa: FUTURA, Petrovaradin

DRUGA KATEDRA

PRAVO NA SLOBODU

Sloboda ličnosti – Upravno-pravna zaštita slobode

OLGA CVEJIĆ-JANČIĆ

POMACI U ZAŠTITI LICA SA INTELEKTUALNIM I PSIHO SOCIJALNIM TEŠKOĆAMA

U V O D

U poslednjih nekoliko godina novelirane su odredbe Zakona o vanparničnom postupku¹, zahvaljujući kojima je poboljšan procesni položaj lica sa intelektualnim i psihosocijalnim teškoćama (smetnjama)² u postupku lišenja poslovne

Prof. dr Olga Cvejić-Jančić, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, član Komisije za izradu Građanskog zakonika Srbije.

¹ Zakon o vanparničnom postupku, Službeni glasnik Republike Srbije br. 25/82, 48/88, 46/95, 18/2005, 85/2012, 45/2013, 55/2014, 6/2015 i 106/2015, u daljem tekstu ZVP.

² U prevodu Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom koriste se izraz 'lica sa mentalnim i intelektualnim oštećenjima', a sreće se i izraz 'lica sa intelektualnim i psihosocijalnim teškoćama ili smetnjama'. Ovaj drugi izraz koriste autorke Dragana Ćirić Milovanović i Lea Šimoković u publikaciji 'Poslovna sposobnost kao osnovno ljudsko pravo, Vodič kroz domaću praksu i moguće alternative starateljstvu', Beograd, avgust 2012. g, (u predgovoru i str. 5 i dalje u tekstu), izd. Inicijativa za prava osoba sa mentalnim invaliditetom MDRI-S. Skraćenica MDRI-S je nastala od engleskog naziva ove organaizacije (Mental Disability Rights Initiative of Serbia). U kontekstu rasprave o ovoj problematici značajno je izabrati najadekvatniji izraz, kojim se ni na koji način ne omalovažavaju niti vredjaju ova lica a koji sa druge strane izražava stanje u kome se ona nalaze i zbog koga je potrebno preduzeti odgovarajuće mere za zaštitu njihovih prava. Više o terminološkim razlikama i nedoumicama videti i 'Legal capacity of persons with intellectual disability and persons with mental health problems', European Union Agency for Fundamental Rights (FRA), Vienna 2013, str. 10 i 11, dostupno na sajtu: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/legal-capacity-intellectual-disabilities-mental-health-problems.pdf>.

sposobnosti.³ Međutim, potrebno je razmotriti da li postoji potreba za promenom i materijalnopравnih odredbi Porodičnog zakona, odnosno za uključivanjem novih odredbi o položaju lica sa intelektualnim i psihosocijanim teškoćama u buduću Građanski zakonik, imajući u vidu Konvenciju UN o pravima osoba sa invaliditetom iz 2006. g. (u daljem tekstu Konvencija), koju je Srbija ratifikovala 2009. g.⁴ a koja nalaže bitnu promenu pravnog statusa ovih lica u cilju zaštite njihovih prava i urođenog dostojanstva svakog čoveka.

Poboljšanje odredaba ZVP o lišenju poslovne sposobnosti

Zakon o vanparničnom postupku je menjan u delu koji reguliše lišenje poslovne sposobnosti⁵, radi usklađivanja domaćeg zakonodavstva sa Konvencijom UN o pravima osoba sa invaliditetom u cilju poboljšanja pravnog statusa ovih lica. Prema čl. 1 ove Konvencije cilj Konvencije je “[d]a se unapredi, zaštiti i osigura puno i jednako uživanje svih ljudskih prava i osnovnih sloboda svim osobama sa invaliditetom i unapredi poštovanje njihovog urođenog dostojanstva. Osobe sa invaliditetom uključuju i one koji imaju dugoročna fizička, *mentalna*, *intelektualna* (naglasio autor) ili čulna oštećenja koja u interakciji sa raznim preprekama mogu ometati njihovo puno i efikasno učešće u društvu na jednakoj osnovi sa drugima.”

Najvažnija novina ZVP je što, u skladu sa čl. 12 st. 4 Konvencije⁶ lišenje poslovne sposobnosti ne može više trajati neograničeno. Sud mora odrediti rok u

³ O ovome videti i O. Cvejić Jančić, Recent Legal Developments in Serbia, FamRZ br. 18/2016, str. 1556-1557.

⁴ Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom (Convention on the Rights of Persons with Disabilities), Sl. glasnik RS, Međunarodni ugovori br. 42/2009.

⁵ Zakon o vanparničnom postupku, Drugi deo – Posebni postupci, I Uredjenje ličnih stanja, Glava prva – Lišenje poslovne sposobnosti.

⁶ Prema čl. 12. st. 4 Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom “[D]ržave strane ugovornice će obezbediti da se svim merama koje se odnose na ostvarivanje poslovne sposobnosti pruže odgovarajuće i efikasne garancije radi sprečavanja zloupotrebe shodno međunarodnom pravu koje se odnosi na ljudska prava. Takve garancije obezbediće da se merama koje se odnose na ostvarivanje poslovne sposobnosti poštuju prava, volja i prioriteti odnosne osobe, kao i da ne dođe do sukoba interesa i neprimerenog uticaja, da budu proporcionalne i prilagođene okolnostima odnosne osobe, u najkraćem mogućem trajanju i *da podležu redovnom preispitivanju nadležnog nezavisnog i nepristrasnog organa ili sudskog tela* (naglasio autor). Garancije će biti proporcionalne stepenu u kojem takve mere utiču na prava i interese osobe na koju se odnose.” Treba napomenuti da službeni prevod Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom koji je objavljen kao Aneks I u Zakonu o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom nije pravilan u pogledu prevoda reči ‘legal capacity’ za koji je upotrebljen izraz ‘pravni kapacitet’ a ustvari se odnosi na poslovnu sposobnost. Na to je upo-

kome će se proveriti da li postoje razlozi za dalje trajanje izrečene mere, a koji ne može biti duži od tri godine (čl. 40 st. 2 ZVP). Ukoliko je lice delimično lišeno poslovne sposobnosti, sud je dužan da odredi vrstu poslova koje to lice može samostalno preduzimati, pored poslova na koje je zakonom ovlašćeno (čl. 40 st. 3 ZVP). Ranije je sud mogao, ali nije morao, da odredi vrstu poslova koje lice delimično lišeno poslovne sposobnosti može obavljati⁷, pa ova novela predstavlja određeno poboljšanje pravnog položaja ovih lica, jer se unosi pravna sigurnost u tom pogledu i olakšava ne samo položaj konkretnog lica, nego i njegovog staroca kao i svih trećih lica koja imaju interesa da stupe u pravne odnose sa konkretnim licem.

Nova je i odredba kojom je predviđen kraći rok u kome lice koje je lišeno poslovne sposobnosti može izjaviti žalbu protiv rešenja o lišenju poslovne sposobnosti, a koji iznosi osam dana od dana kada mu je rešenje dostavljeno. Isto tako je nova i odredba po kojoj je drugostepeni sud dužan da odluči o žalbi u roku od osam dana od dana kada mu je žalba dostavljena (čl. 40a). I po ranijim propisima je lice koje je lišeno poslovne sposobnosti imalo pravo na žalbu protiv odluke o lišenju poslovne sposobnosti ali poseban rok nije bio predviđen, pa je važio opšti rok za žalbu na rešenje doneto u prvom stepenu, koji je duži, i iznosi 15 dana⁸. Na ovaj način je naglašena hitnost postupka lišenja poslovne sposobnosti, koja je od vitalne važnosti za lice o čijoj se poslovnoj sposobnosti odlučuje, jer se sudu nalaže da reaaguje brzo, bez odugovlačenja, a samim tim se i stanje nezvesnosti o ishodu postupka znatno skraćuje.

Kao što je pomenuto, sud je u rešenju o lišenju poslovne sposobnosti dužan da odredi rok u kome će se vršiti provera da li još uvek postoje razlozi za dalje trajanje lišenja (vreme proveravanja), a koji ne može biti duži od 3 godine (čl. 40 ZVP). Kada vreme proveravanja istekne, sud po službenoj dužnosti ispituje da li i dalje postoje razlozi zbog kojih je doneta odluka o lišenju poslovne sposobnosti i, u zavisnosti od rezultata dokaznog postupka, može doneti jedno od sledećih rešenja: a) rešenje o vraćanju poslovne sposobnosti; b) rešenje kojim se utvrđuje da

zorila i prof. dr M. Draškić u radu 'Novi standardi za postupak lišenja poslovne sposobnosti: Aktuelna praksa Evropskog suda za ljudska prava', *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br.2-2010, str. 366 i 367 (355-370). Na problem značenja izraza 'legal capacity' iz st. 2 čl. 12 Konvencije ukazuje se i u General Comment No. 1 (2014) of the Committee on the Rights of Persons with Disabilities, tačka 12-15, str. 3 i 4.

⁷ Videti i Milena Trgovčević-Prokić, *Postupak za lišenje poslovne sposobnosti*, u *Zborniku Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Beograd 2016, gl. i odgovorni urednik prof. dr Slobodan Perović, str. 184.

⁸ Čl. 19 ZVP iz 1982, Službeni glasnik SRS br. 25/82, 48/88, Sl. glasnik RS br. 46/95, 18/2005.

ne postoje uslovi za vraćanje poslovne sposobnosti; c) zatim, ako utvrdi da se stanje mentalnog zdravlja lica potpuno lišenog poslovne sposobnosti toliko popravilo, da je dovoljno i delimično lišenje poslovne sposobnosti, doneće rešenje o delimičnom lišenju poslovne sposobnosti; d) i najзад, rešenje kojim se lice koje je bilo delimično lišeno poslovne sposobnosti potpuno lišava poslovne sposobnosti, ako utvrdi da se stanje mentalnog zdravlja tog lica pogoršalo.⁹ U slučaju kada je sud utvrdio da ne postoje uslovi za vraćanje poslovne sposobnosti ponovo je dužan da odredi rok u kome će se proveriti da li postoje razlozi za dalje trajanje izrečene mere, a koji ne može biti duži od tri godine (čl. 42 st. 3 ZVP), kao i da, ako utvrdi da se stanje mentalnog zdravlja lica koje je delimično lišeno poslovne sposobnosti promenilo, povećati odnosno smanjiti obim poslova koje to lice može samostalno preduzimati (čl. 42b).

Novina je i to što sud može i pre isteka vremena proveravanja, i to ne samo po službenoj dužnosti, već i na predlog organa starateljstva ili ovlašćenih lica (u koje spada i lice o kome se odlučuje) doneti rešenje o vraćanju poslovne sposobnosti, ako utvrdi da više ne postoje razlozi zbog kojih je takvo rešenje doneto, zatim može doneti rešenje kojim se potpuno lišenje preinačuje u rešenje o delimičnom lišenju. Prema tome, sud u postupku koji je pokrenut pre protoka vremena proveravanja ne bi mogao doneti rešenje kojim se pogoršava položaj konkretnog lica tj. ne bi mogao doneti rešenje kojim se lice delimično lišeno poslovne sposobnosti potpuno lišava poslovne sposobnosti, već samo rešenje kojim se njegov položaj poboljšava ili menja obim poslova koje to lice može samostalno obavljati (čl. 42b st. 3). Sve ove novine su značajne za zaštitu ljudskih prava konkretnog lica kako bi se zloupotrebe njihovog položaja od strane staraoca, srodnika ili drugih lica sprečile ili bitno smanjile mogućnosti za to. Međutim, nije dovoljno samo da zakon reguliše neka pitanja na određeni način, već je značajna i njihova primena u praksi, kako bi došlo do suštinskog poboljšanja položaja lica koja imaju određene intelektualne ili psihosocijalne teškoće i kako bi se obezbedilo da ravnopravno sa drugima uživaju odnosno ostvaruju sva ljudska prava i osnovne slobode.

*Da li treba menjati i materijalno-pravne odredbe o statusu lica
sa intelektualnim i psihosocijalnim teškoćama*

Postavlja se pitanje da li odredbe budućeg Građanskog zakonika odnosno sadašnjeg Porodičnog zakona koje se odnose na potpuno ili delimično lišenje po-

⁹ ZVP govori o potpunom lišenju poslovne sposobnosti što nije u skladu sa Konvencijom, ali se ne može očekivati da jedan procesni zakon menja materijalnopravne odredbe drugog (Porodičnog) zakona o lišenju poslovne sposobnosti.

slovne sposobnosti¹⁰ treba menjati i tako i materijalnopravne odredbe našeg zakonodavstva, pored procesnopravnih, izvršenih izmenama i dopunama ZVP, uskladiti sa Konvencijom UN o pravima osoba sa invaliditetom, kako bi se prihvaćene međunarodne obaveze sprovele u život? Naime, u Konvenciji se naglašava da je “[C]ilj ove Konvencije da se unapredi, zaštititi i osigura puno i jednako uživanje svih ljudskih prava i osnovnih sloboda svim osobama sa invaliditetom i unapredi poštovanje njihovog urođenog dostojanstva. Osobe sa invaliditetom uključuju i one koji imaju dugoročna fizička, mentalna, intelektualna (naglasio autor) ili čulna oštećenja koja u interakciji sa raznim preprekama mogu ometati njihovo puno i efikasno učešće u društvu na jednakoj osnovi sa drugima¹¹.”

Značajna je i odredba Konvencije u kojoj se daje defICIJA diskriminacije po osnovu invaliditeta, koja podrazumeva “[s]vaku razliku, isključivanje ili ograničavanje na osnovu invaliditeta, što ima za cilj ili efekat narušenje ili poništenje priznavanja, uživanja ili vršenja, ravnopravno sa drugima, svih ljudskih prava i osnovnih sloboda u političkoj, ekonomskoj, društvenoj, kulturnoj, civilnoj ili bilo kojoj drugoj oblasti. Ona obuhvata i sve oblike diskriminacije, uključujući uskraćivanje razumnog prilagođavanja (čl 2 st. 4 Konvencije)”. Posebno su značajna i opšta načela na kojima počiva Konvencija, kao što su (a) poštovanje urođenog dostojanstva, individualna autonomija uključujući slobodu vlastitog izbora i nezavisnost osoba; (b) zabrana diskriminacije; (c) puno i efikasno učešće i uključivanje u društvo; (d) uvažavanje razlika i prihvatanje osoba sa invaliditetom kao dela ljudske raznolikosti i čovečanstva; (e) jednake mogućnosti; (f) dostupnost; (g) ravnopravnost žena i muškaraca; (h) uvažavanje razvojnih sposobnosti dece sa invaliditetom kao i poštovanje prava dece sa invaliditetom na očuvanje svog identiteta (čl. 3 Konvencije).

U Konvenciji se zatim naglašava da se države ugovornice obavezuju da, radi obezbeđenja i unapređenja punog ostvarivanja svih ljudskih prava i osnovnih sloboda za sve osobe sa invaliditetom bez diskriminacije: (a) usvoje sve odgovarajuće zakonodavne, administrativne i druge mere za ostvarenje prava priznatih Konvencijom; (b) preduzmu sve odgovarajuće mere, uključujući i zakonodavstvo, u cilju menjanja ili ukidanja postojećih zakona, propisa, običaja i prakse koji predstavljaju diskriminaciju prema osobama sa invaliditetom; (c) uzmu u obzir zaštitu i unapređenje ljudskih prava osoba sa invaliditetom u okviru svih politika i

¹⁰ O ustavnopravnoj osnovanosti lišenja i ograničenja poslovne sposobnosti u našem pravu videti kod M. Draškić, Novi standardi za postupak lišenja poslovne sposobnosti: Aktuelna praksa Evropskog suda za ljudska prava, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, godina LVIII, 2/2010, str. 363–365.

¹¹ Čl. 1 st. 1 i 2 Konvencije.

programa; (d) da se uzdržavaju od svih postupaka ili prakse koji nisu u skladu sa Konvencijom, kao i da obezbede da državni organi i institucije deluju u skladu sa Konvencijom; (e) preduzmu sve odgovarajuće mere za otklanjanje diskriminacije po osnovu invalidnosti od strane bilo kog lica, organizacije ili privatnog preduzeća (čl. 4 st. 1 tač a-e)..." Za pravni status lica sa intelektualnim i psihosocijalnim teškoćama treba pomenuti čl. 12 Konvencije u kome se, između ostalog, ističe da države ugovornice ponovo potvrđuju da osobe sa invaliditetom imaju pravo da svuda budu priznate pred zakonom, kao i druga lica i da priznaju da osobe sa invaliditetom ostvaruju svoju poslovnu sposobnost¹² ravnopravno sa drugima u svim aspektima života. Pored toga, države ugovornice se obavezuju da preduzmu odgovarajuće mere kako bi osobama sa invaliditetom omogućile da im pomoć koja im može biti potrebna u ostvarivanju njihove poslovne sposobnosti bude dostupna.

Za lica sa mentalnim ili intelektualnim oštećenjima o kojima je reč u Konvenciji, odnosno kojima se garantuje ravnopravnost i jednak tretman pred zakonom kao i drugim licima, Porodični zakon Srbije¹³ (u daljem tekstu PZ) kao i Prednacrt Građanskog zakonika (u daljem tekstu Prednacrt ili PGZ) koriste druge izraze i predviđaju potpuno ili delimično lišenje poslovne sposobnosti pod uslovima predviđenim tim zakonima. Svaki od ovih tekstova predviđa iste razloge i za potpuno i za delimično lišenje poslovne sposobnosti, a da li će *in concreto* doći do potpuog ili delimičnog lišenja zavisi od posledica koje su ti razlozi izazvali u odnosu na ponašanje konkretnog lica. Porodični zakon govori o punoletnom licu koje zbog *bolesti ili smetnji u psiho-fizičkom razvoju nije sposobno za normalno rasuđivanje* (naglasio autor) te zbog toga nije u stanju da se samo stara o sebi i o zaštiti svojih prava i interesa i stoga može biti potpuno lišeno poslovne sposobnosti (čl. 146 st. 1 Porodičnog zakona), dok će delimično lišeno poslovne sposobnosti biti punoletno lice koje zbog istih razloga svojim postupcima neposredno ugrožava sopstvena prava i interese ili prava i interese drugih lica (čl. 147 st. 1 PZ). U Prednacrtu GZ se koriste izrazi *duševna bolesi ili zaostali umni razvoj ili koji drugi razlog zbog koga konkretno lice nije sposobno za rasuđivanje*, te zbog toga nije u stanju da se samo stara o sebi i o zaštiti svojih prava i interesa, kao razlozi za potpuno lišenje poslovne sposobnosti (čl. 34 st. 1 Prednacrt), dok, ako usled tih istih razloga to lice svojim postupcima neposredno ugrožava sopstvena prava i interese ili prava i interese drugih lica biće delimično lišeno poslovne sposobnosti (čl. 35 st. 1 PGZ).

¹² O terminološkoj neusklađenosti prevoda sa originalnim tekstom Konvencije videti objašnjenje u fusnoti 25.

¹³ Porodični zakon Republike Srbije, Službeni glasnik RS, br. 18/2005, 72/2011 i 6/2015.

Izrazi koji su upotrebljeni u PZ i PGZ ili njima slični se koriste i u mnogim drugim zemljama, a posebno u zemljama u okruženju u kojima, sem delimično u Hrvatskoj, nije došlo do usklađivanja odredaba o lišenju poslovne sposobnosti sa odredbama Konvencije, iako su je sve bivše jugoslovenske republike ratifikovale.

U Porodičnom zakonu Crne Gore¹⁴ se kaže da se punoletno lice potpuno lišava poslovne sposobnosti ako zbog *duševne bolesti, duševne zaostalosti ili kojeg drugog uzroka* nije sposobno da se samo brine o svojim pravima i interesima, dok će punoletno lice koje svojim postupcima ugrožava svoja prava i interese ili prava i interese drugih lica *zbog duševne bolesti, duševne zaostalosti, prekomjernog uživanja alkohola ili opojnih sredstava, senilnosti ili drugih sličnih razloga* biti delimično lišeno poslovne sposobnosti (čl. 235 st. 1 i 2). U Porodičnom zakonu Federacije Bosne i Hercegovine¹⁵ su takođe upotrebljeni slični izrazi: “[P]unoljetnoj osobi koja *zbog duševne bolesti, zaostalog duševnog razvoja ili prekomjernog uživanja alkohola ili opojnih droga, senilnosti ili drugih uzroka* nije sposobna sama brinuti se o svojim pravima i interesima oduzima se poslovna sposobnost” dok se punoljetnoj osobi koja zbog istih uzroka neposredno ugrožava svoja prava i interese ili prava i interese drugih osoba ograničava poslovna sposobnost (čl. 192 st. 1 i 2 PZ Federacije BiH).” U Republici Srpskoj se pitanje razloga za lišenje poslovne sposobnosti ne reguliše Porodičnim zakonom već Zakonom o vanparničnom postupku¹⁶ u kome se ukratko kaže da “[U] postupku oduzimanja i vraćanja poslovne sposobnosti sud utvrđuje da li je punoljetno lice *zbog potpune ili djelimične nesposobnosti za rasuđivanje* u stanju da se samo brine o svojim pravima i interesima, te da u skladu s tim potpuno ili djelimično oduzme poslovnu sposobnost punoljetnom licu... (čl. 28 st. 1 ZVP).” U Obiteljskom zakonu Hrvatske¹⁷ su razlozi za lišenje poslovne sposobnosti *duševne smetnje ili drugi razlozi* zbog kojih osoba nije sposobna da se brine o nekim od svojih prava, potreba ili interesa, ili koja ugrožava prava i interese drugih osoba o kojima je dužna da se stara (čl. 234 st. 1 OZH). Međutim, za razliku od drugih zakona, Obiteljski zakon Hrvatske izričito predviđa da lice koje ispunjava prethodne uslove ne može biti potpuno lišeno poslovne sposobnosti i da će sud u svakom pojedinom slučaju rešenjem o lišenju poslovne sposobnosti odrediti radnje i poslove koje to lice *nije sposobno samostalno preduzimati* u odnosu na lično stanje i u odnosu imovinu (čl. 234 st. 2 i 4

¹⁴ Porodični zakon Crne Gore, Službeni list RCG br. 1/2007 i 53/2016.

¹⁵ Porodični zakon Federacije BiH, Službene novine Federacije BiH broj 35/05 od 20.06.2005 i broj 31/14 od 23.04.2014.

¹⁶ Zakon o vanparničnom postupku Republike Srpske, Službeni glasnik RS br. 36/2009.

¹⁷ Obiteljski zakon Hrvatske, Narodne novine br. 103/2015 - na snazi od 01.11.2015.

OZH)¹⁸, što znači da sve ostale poslove koji nisu obuhvaćeni rešenjem o lišenju poslovne sposobnosti to lice može samostalno obavljati jer se smatra da u odnosu na njih ima poslovnu sposobnost (čl. 234 st. 9 OZH). Pored toga Obiteljski zakon predviđa da je pre nego što se donese odluka o lišenju poslovne sposobnosti potrebno obezbediti zaštitu osoba sa invaliditetom drugim sredstvima i merama, predviđenim posebnim propisima, ako je to moguće i da je u sprovođenju starateljske zaštite potrebno težiti što je moguće manjim ograničenjima prava šticećenika (čl. 233 st 1 i 2 OZH). U postupanju sa šticećenikom moraju se uzeti u obzir ličnost, zatim sadašnji ili ranije izraženi stavovi tog lica, kao i zaštita njegovog dostojanstva i dobrobiti. Predviđeno je zatim da je potrebno podsticati samostalno donošenje odluka od strane šticećenika i pružati mu podršku u donošenju odluka, kao i u učestvovanju u životu zajednice (čl. 233 st. 4 OZH).

U Sloveniji je pitanje lišenja poslovne sposobnosti regulisano Zakonom o vanparničnom postupku¹⁹, prema kome sud u postupku za oduzimanje poslovne sposobnosti odlučuje o delimičnom ili potpunom oduzimanju poslovne sposobnosti licima koja usled *duševne bolesti, mentalne zaostalosti, zavisnosti od alkohola ili droge, ili iz bilo kog drugog razloga koji utiče na fizičko i mentalno stanje*, nisu u stanju da brinu sami o sebi i svojim pravima i koristima (čl. 44 ZVP Slovenije). I u Makedoniji je ovo pitanje regulisano Zakonom o vanparničnom postupku²⁰, koji u čl. 34 st. 1 predviđa da "[U] toku postupka za oduzimanje poslovne sposobnosti sud odlučuje o delimičnom ili potpunom lišavanju poslovne sposobnosti lica koje, zbog *mentalne bolesti, demencije, alkohola ili drugih nervnih otrova, narkotika, psihotropnih supstanci i prekursora*, nije u stanju da se brine za sebe i zaštite svoja prava i interese."

Iako svako menjanje postojećih rešenja i uvođenje novih i savremenijih izaziva brojne nedoumice, dileme i polemike, obaveza je svake države da ratifikovane međunarodne ugovore implementira u nacionalno zakonodavstvo i tako doprinese učvršćivanju pravne sigurnosti i vladavine prava, kao i međunarodnog poverenju u stabilnost konkretne zemlje. Međutim, razlozi zbog kojih se to ne čini uvek i na vreme, nije samo inertnost i odbojnost prema promenama, nego če-

¹⁸ Radnje i poslovi koje lice nije sposobno samostalno preduzimati a koji se odnose na lično stanje su davanje izjava ili preduzimanje radnji koje se odnose na promenu ličnog imena, sklapanje i prestanak braka, roditeljstvo, odluke o zdravlju, mestu prebivališta ili boravišta, zapošljavanju i drugo, osim ako Obiteljskim zakonom nije predviđeno drugačije (čl. 234 st. 5 OZH), dok radnje i poslovi koje lice nije sposobno samostalno preduzimati a koji se odnose na imovinu su raspolaganje i upravljanje imovinom, platom ili drugim stalnim novčanim primanjima, osim ako je Obiteljskim zakonom drugačije predviđeno (čl. 234 st. 6 OZH).

¹⁹ Zakon o nepravdnem postopku, Uradni list SRS, št. 30/1986, 20/1988.

²⁰ Zakon za vonparnična postapka, Sl. Vesnik na RM, br.09 od 18.01.2008 godine.

sto i nedovoljno razumevanje smisla i suštine preuzetih obaveza. Zbog toga nam se čini da bi bilo korisno svestrano razmotriti potrebu izmena odredbi koje se tiču lišenja poslovne sposobnosti i pravnog statusa ovih lica u skladu sa pomenutom Konvencijom i stavovima Komiteta za prava osoba sa invaliditetom. Komitet za prava osoba sa invaliditetom je 'nadzorno' telo za sprovođenje Konvencije u državama članicama kome države članice periodično podnose svoje izveštaje.²¹ Komitet je povodom nerazumevanja suštine i smisla čl. 12 Konvencije, koji se odnosi na ravnopravnost pred zakonom, usvojio Opšti komentar (u daljem tekstu OK ili Komentar) br. 1 (2014)²² u kome se naglašava da je *jednakost pred zakonom* osnovni opšti princip zaštite ljudskih prava i da je neophodan i za ostvraivanje drugih ljudskih prava. Pored toga, ističe se u Komentaru (tač. 3 OK), na osnovu inicijalnih izveštaja raznih država ugovornica primećuje se da postoji opšte nerazumevanje tačnog obima obaveze država članica prema članu 12 Konvencije, tako da je došlo do opšteg neuspeha da se shvati da model invaliditeta zasnovan na ljudskim pravima podrazumeva promenu paradigme zamenskog odlučivanja (supstitute decision-making) paradigmom koja se bazira na odlučivanju uz podršku (supported decision-making).²³

U tački 7 OK se podvlači da države članice moraju celovito razmotriti sve oblasti prava kako bi se osiguralo da pravo na poslovnu sposobnost osoba sa invaliditetom ne bude ograničeno na neravnopravnoj osnovi u odnosu na ostala lica. Istorijski gledano, osobama sa invaliditetom je bilo uskraćeno pravo na poslovnu sposobnost u mnogim oblastima na diskriminatorni način, zbog zamenskog režima donošenja odluka, prema zakonima o starateljstvu i mentalnom zdravlju koji dozvoljavaju prinudno lečenje. Zbog toga ove prakse moraju biti ukinute kako bi se osiguralo da licima sa invaliditetom bude ponovo uspostavljena puna poslovna sposobnost na jednakoj osnovi sa drugim licima.

Član 12 Konvencije potvrđuje, ističe se dalje u OK, da sva lica sa invaliditetom imaju punu poslovnu sposobnost i da je uskraćivanje poslovne sposobnosti ovim licima u mnogim slučajevima, dovelo do uskraćivanja mnogih osnovnih prava, uključujući i pravo glasa, pravo na sklapanje braka i zasnivanje porodi-

²¹ Države ugovornice dostavljaju, preko Generalnog sekretara Ujedinjenih nacija, sveobuhvatni izveštaj o merama koje su preduzete u cilju izvršavanja obaveza iz Konvencije, kao i o napretku koji je u tom pogledu ostvaren. Prvi izveštaj se podnosi u roku od dve godine nakon stupanja na snagu Konvencije u toj državi, a posle tog inicijalnog izveštaja države ugovornice podnose naredne izveštaje najmanje jednom svake četiri godine i kad god to Komitet zatraži (čl. 35 st. 1 i 2 Konvencije).

²² Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 1 (2014), Dostupno na sajtu: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/031/20/PDF/G1403120.pdf?OpenElement>.

²³ Tačka 3 Opšteg komentara.

ce, reproduktivna prava, roditeljsko pravo, pravo da daju saglasnost za intimne odnose i medicinski tretman, kao i pravo na slobodu (tač. 8 OK). Poslovna sposobnost i mentalna sposobnost su različiti koncepti. Poslovna sposobnost je sposobnost da se bude nosilac prava i obaveza (legal standing) i sposobnost da se ta prava i obaveze vrše/ostvaruju (legal agency) dok se mentalna sposobnost odnosi na sposobnost odlučivanja, koja varira od jednog lica do drugog, a može se razlikovati i u odnosu na konkretno lice u zavisnosti od mnogih faktora, uključujući i ekološke i socijalne faktore (tač. 13 OK).

U većini izveštaja država članica koje je Komitet razmatrao koncept mentalne i poslovne sposobnosti je bio izmešan tako da ako je smatrano da određeno lice ima oštećenu sposobnost donošenja odluka, često zbog kognitivne ili psihosocijalne nesposobnosti, njegova ili njena poslovna sposobnost da donosi određene odluke je oduzimana. O tome je odlučivano jednostavno na osnovu dijagnoze oštećenja (status approach - statusni pristup), ili kada to lice donosi odluke za koje se smatra da imaju negativne posledice (outcome approach - pristup rezultata/ishoda) ili kada se smatra da su sposobnosti donošenja odluka konkretnog lica manjkave (functional approach - funkcionalni pristup). Funkcionalni pristup nastoji da proceni mentalnu sposobnost i da shodno tome ospori poslovnu sposobnost. To se često bazira na tome da li konkretno lice može da razume prirodu i posledice odluke i da li može da upotrebi i odmeri relevantne informacije. Ovaj pristup je pogrešan zbog dva ključna razloga: a) on je diskriminatorno primenjen na lica sa invaliditetom; b) on pretpostavlja da se unutrašnje funkcionisanje ljudskog uma može precizno proceniti i kada lice ne prođe procenu, osporava joj se osnovno ljudsko pravo, pravo na jednako priznavanje pred zakonom. U svim ovim pristupima invaliditet i/ili veština donošenja odluka su uzeti kao legitimni osnovi za lišenje poslovne sposobnosti i smanjenje njegovog ili njenog statusa kao lica pred zakonom. Čl. 12 Konvencije ne dozvoljava takvo diskriminatorno lišenje poslovne sposobnosti već nalaže obezbeđenje podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti (tač. 15 OK).

U OK se dalje naglašava da države članice imaju obavezu da licima sa invaliditetom obezbede pristup podršci za ostvarivanje njihove poslovne sposobnosti kao i da podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti mora poštovati pravo, volju i prioritete lica sa invaliditetom i ne sme nikada da uključi zamensko odlučivanje. Kako se ističe u OK, član 12 st. 3 Konvencije ne precizira o kojim oblicima podrške se radi. Podrška je širok pojam koji obuhvata i formalne i neformalne aranžmane podrške, različitih vrsta i intenziteta. Npr. osobe sa invaliditetom mogu izabrati jedno ili više lica za podršku u koje imaju poverenje, da mu pomognu u ostvarivanju poslovne sposobnosti za određenu vrstu odluka, ili mogu tražiti dru-

ge oblike podrške, kao što je peer support²⁴, zastupanje uključujući podršku za samozastupanje, ili pomoć u komunikaciji. Isto tako, za mnoge osobe sa invaliditetom sposobnost planiranja unapred je važan oblik podrške, pri čemu one mogu izraziti svoju volju i prioritete koje treba slediti u vreme kada oni više neće biti u poziciji da izraze svoje želje drugim licima (tač. 17 OK).²⁵

U OK se zatim ukazuje na to da se prema čl. 12 st. 4 Konvencije od država članica zahteva da kreiraju odgovarajuću i efektivnu zaštitu za ostvarivanje poslovne sposobnosti. Primarna svrha te zaštite mora biti obezbeđenje poštovanja prava, volje i preferencija konkretnog lica (tač. 20 OK). Kada i posle značajnih napora nije izvodljivo da se utvrde volja i preferencije konkretnog lica, 'najbolje tumačenje volje i preferencija' mora zameniti određivanje 'najboljeg interesa'. Princip 'najboljeg interesa' nije zaštita koja je u skladu sa čl. 12 u odnosu na odrasle. Paradigma 'volje i preferencije' mora zameniti paradigmu 'najboljeg interesa' kako bi se obezbedilo da osoba sa invaliditetom uživa pravo na poslovnu sposobnost na jednakoj osnovi sa drugima (tač. 21 OK).

Obaveza država članica da zamene režim zamenskog odlučivanja režimom odlučivanja uz podršku zahteva i ukidanje zamenskog odlučivanja i razvijanje alternativa odlučivanja uz podršku. Razvijanje sistema odlučivanja uz podršku paralelno sa zadržavanjem režima zamenskog odlučivanja nije dovoljno da bi bilo u skladu sa Konvencijom (tač. 28 OK). Napomenućemo još neke važnije stavove iz Opšteg Komentara, kao što je npr. da odlučivanje uz podršku mora biti dostupno svima i da nivo potrebe za podrškom, posebno ako je on visok, ne sme biti prepreka za dobijanje podrške u odlučivanju. Svi oblici podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti, uključujući i one intenzivnije, moraju se zasnivati na volji i preferencijama konkretnog lica a ne na onome što se smatra kao njegov ili njen objektivno najbolji interes (tač. 29 a i b OK).

I brojne odluke Evropskog suda za ljudska prava se odnose na ukazivanje na potrebu poboljšanja pravnog statusa lica sa intelektualnim i psihosocijalnim in-

²⁴ Peer podrška znači da ljudi daju znanje, iskustvo, emocionalnu, socijalnu ili praktičnu pomoć jedni drugima i može da obuhvati razne načine pružanja te podrške i pomoći kao što je peer mentorstvo, slušanje, savetovanje, lično ili online i sl.

²⁵ Ovo pitanje je regulisano Preporukom Komiteta ministara Saveta Evrope o principima produženog ovlašćenja zastupnika i unapred datih direktiva za slučaj nesposobnosti (Principles concerning continuing powers of attorney and advance directives for incapacity, Recommendation CM/Rec(2009), detaljnije u O. Cvejić Jančić, 'Pravna zaštita starih lica', Zborniku radova sa naučnog skupa "Aktuelnost i značaj ljudskih prava i sloboda", izd. Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu 2011. godine, str. 146-162. g. kao i u O. Cvejić Jančić, Instrumenti Saveta Evrope o zaštiti odraslih (nesposobnih) lica, Zbornik radova 'Dani porodičnog prava', Pravni fakultet Univerziteta, Dzemal Bijedić u Mostaru, u štampi.

validitetom, koji su često lišeni svih prava i tako obespravljeni stavljeni u nezavistan položaj, čime je povređeno njihovo pravo na privatni i porodični život, pravo na jednak tretman pred zakonom, pravo da ne budu diskriminirani, pravo na pravično suđenje i sl.²⁶

Radi usklađivanja našeg zakonodavstva sa pomenutom Konvencijom, stavovima Komiteta za prava osoba sa invaliditetom i stavovima izraženim u odlukama Evropskog suda moguća su dva pristupa. Prvi se sastoji u potpunom ukidanju bilo kog oblika lišenja ili ograničenja poslovne sposobnosti i uvođenju raznih mera podrške i pomoći licu koje ima intelektualne i psihosocijalne teškoće koje su manje restriktivni od lišenja ili ograničenja poslovne sposobnosti. Te mere mogu da obuhvate sistem ličnog ombudsmana, koji je zastupljen u Švedskoj²⁷, sistem imenovanja zastupnika sa unapred datim direktivama za slučaj nesposobnosti²⁸, ili bilo koji drugi sistem pomoći koji bi bio neformalan, lako dostupan licima kojima je pomoć potrebna, pristupačan svakog dana i u bilo koje doba dana koje odgovara licu kome je pomoć potrebna. U tom slučaju bi sistem zamenskog odlučivanja bio ukinut i umesto njega uveden sistem potpomognutog odlučivanja. To znači da bi konkretno lice zadržalo poslovnu sposobnost odnosno uz pomoć i podršku samo donosilo odluke i učestvovalo u postupcima pred nadležnim organima. Drugi pristup bi bio da se, pored uvođenja prethodnog sistema potpomognutog odlučivanja, u krajnje teškim slučajevima, kada konkretno lice ni uz pomoć i podršku nije u stanju da donosi odluke, tom licu može ograničiti poslovnu sposobnost i postaviti staralac, koji bi i tada morao nastojati da donosi odluke umesto konkretnog lica, u granicama ovlašćenja predviđenih odlukom suda, samo ako konkretno lice ni uz pomoć i podršku ne bi bilo u stanju da samostal-

²⁶ U tom smislu su npr. odluke Salontaji – Drobnjak protiv Republike Srbije br. 36500/05 od 13 oktobra 2009. g, Kovalev protiv Rusije, br. 78145/01, od 10. maja 2007. g, Shtukaturv protiv Rusije, br. 44009/05, 27. mart 2008. g, X v. Croatia, br. 11223/04, od 17. jula 2008, **Krušković v. Croatia**, br. 46185/08 od 21 juna 2011. g, X i Y protiv Republike Hrvatske, br. 5193/09, od 3. novembra 2011. g, Ivinović v. Croatia, br. 13006/13 od 18. septembra 2014. i druge.

²⁷ U švedskoj npr. lični ombudsman nema kancelarijsko radno vreme, već ono traje 24 časa sedam dana u nedelji, niti imaju kancelarijski prostor, jer je i kancelarija simbol moći. Oni rade sa svojim klijentima od kuće uz pomoć telefona i interneta, susreću se sa njima u svom domu ili na neutralnim mestima u gradu i rad baziraju na "modelu razvijanja odnosa" ("relation-model"). Za ostvarivanje kontakata sa klijentom je često potrebno dosta vremena, a u nekim slučajevima samo rad na uspostavljanju kontakata može da traje i mesecima. Važno je i da ne postoje birokratske ili formalne procedure za dobijanje ličnog ombudsmana. Lične ombudsmane finansira lokalna zajednica, a lični ombudsman može lokalnoj zajednici uskratiti lične informacije o klijentu, uključujući i njegovo ime, videti više D. Ćirić Milovanović i L. Šimoković, op cit., str. 34–36.

²⁸ Videti fusnotu 25.

no donosi odluke²⁹. To bio zamenski sistem odlučivanja sa znatno redukovanim ovlašćenjima staraoca i zastupljen kao krajnja mera u najtežim slučajevima intelektualnih i psihosocijalnih teškoća, u kom slučaju bi obaveza staroca bila da uvek pokuša da protumači želje i preferencije konkretnog lica, umesto da postupa onako kako smatra da je u najboljem interesu štićenika. Naime, u samoj Konvenciji se nigde ne ističe da je lišenje poslovne sposobnosti ili njeno ograničenje nedopušteno, a ni u odlukama Evropskog suda to nigde nije eksplicite naglašeno³⁰, ali Komitet je u OK nedvosmisleno izrazio stav da sistem zamenskog odlučivanja nije u skladu sa Konvencijom.

Ukoliko se prvi sistem smatra previse radikalnim, mogli bi se opredeliti za mešoviti sistem, gde bi zamensko odlučivanje bila krajnja mera, predložimo sledeći model zaštite lica sa psihosocijalnim i intelektualnim teškoćama³¹: pre čl. 33 Prednacrtu koji se odnosi na lišenje poslovne sposobnosti dodati nove čl. 32a i 32b a čl. 33, 34, 35, 36 izmeniti.

Čl. 32a (Podrška u ostvarivanju poslovne sposobnosti) bi mogao da glasi: 1) Lice sa intelektualnim i psihosocijalnim teškoćama ima pravo na podršku za stanje o sebi i svojim pravima i interesima i za samostalno donošenje odluka, kada takvu podršku zatraži ili joj je evidentno takva podrška potrebna“ (ostvarivanje poslovne sposobnosti). 2) Podrška za ostvarivanje poslovne sposobnosti podrazumeva dobijanje razumljivih i jednostavnih obaveštenja i objašnjenja potrebnih za samostalno odlučivanje, kao i druge oblike podrške i pomoći koji licu mogu biti potrebni radi samostalnog donošenja odluka i ostvarivanja prava. 3) Obaveštenje o pravu na podršku treba da bude dostupno licu koje ima potrebu za njom ili je zatraži. 4) Nadzor nad poštovanjem i ostvarivanjem ovog prava vrši centar za socijalni rad. 5) Ministarstvo nadležno za porodičnu zaštitu/ ministarstvo za socijalnu zaštitu donosi propise o uslovima, postuku i načinu pružanja podrške licima

²⁹ U kontekstu teme videti i Suzana Bubić, Novi pristup uređenju statusa odraslih osoba s duševnim smetnjama, Zbornik radova 'Dani porodičnog prava', Pravni fakultet Univerziteta, Dzemal Bijedić u Mostaru, u štampi.

³⁰ Autor Valeska David ističe da je Evropski sud u svojim odlukama naglasak stavio na procesna pitanja lišenja poslovne sposobnosti, u skladu sa zahtevima iz predstavki, i postavlja pitanje da li je Sud mogao načiniti i korak dalje u pružanju smernica državama članicama, misleći na potrebu da se i materijalnopравни aspekt lišenja poslovne sposobnosti pomene u odlukama u smislu naglašavanja potrebe da se sistem substitute decision making zameni sistemom supportive decision making. Autor ističe očekivanje da će se Sud u narednim odlukama imati priliku da se izjasni i tome, Valeska David, *Ivinović v. Croatia: Legal Capacity and the (missing) Call for Supportive Decision-making*, oktobar 2014, dostupno na: <https://strasbourgobservers.com/2014/10/23/ivinovic-v-croatia-legal-capacity-and-the-missing-call-for-supportive-decision-making/>

³¹ Zahvaljujem g-dji D. Čirić Milovanović, direktorki MDRI-S i g-dinu M. Markoviću na sugestijama i kometarima povodom formulisanjem ovih predloga.

sa intelektualnim i psihosocijalnim teškoćama u cilju omogućavanja samostalnog ostvarivanja poslovne sposobnosti.

Čl. 32-b - Unapred date direktive 1) Ukoliko lice iz st. 1 prethodnog člana (sa intelektualnim i psihosocijalnim teškoćama) ni uz pomoć i podršku nije u stanju da samostalno donosi odluke a unapred je imenovalo punomoćnika za staranje o njegovom ličnim i/ili imovinskim pitanjima sa unapred datim direktivama za slučaj nastupanja nesposobnosti, a imenovani punomoćnik prihvati tu obavezu, neće se pokretati postupak za ograničenje poslovne sposobnosti. 2) U ostvarivanju svoje uloge, punomoćnik će poštovati volju lica u čije ime deluje. On je obavezan da vlastodavca, pre preduzimanja pravnog posla ili radnje u njegovo ime i za njegov račun, obavesti o nameri preduzimanja konkretnog pravnog posla ili radnje, da se konsultuje sa njim oko toga i da zatraži njegovo mišljenje. 3) Vlastodavac ima pravo na podršku i pomoć, ako smatra da mu je potrebna, da bi mogao da formira mišljenje o pravnom poslu ili radnji koja će biti preduzeta u njegovo ime i za njegov račun.

Čl. 33 – Umesto ‘Lišenje poslovne sposobnosti’ koji predlažemo da se ukine, staviti naslov ‘Ograničenje poslovne sposobnosti’, a zatim tekst koji sledi:³² 1) Licu iz čl. 32-a koje ni uz pomoć i podršku nije u stanju da samostalno donosi odluke niti da izrazi svoju volju a nije imenovalo punomoćnika iz č. 32-b izuzetno može biti ograničena poslovne sposobnosti pod uslovima i postupku utvrđenim zakonom. 2) Licu čija poslovna sposobnost je ograničena postavlja se staralac. 3) O ograničenju poslovne sposobnosti odlučuje sud. 4) Pre donošenja odluke o ograničenju poslovne sposobnosti sud će pribaviti stručno mišljenje veštaka medicinske struke o zdravstvenom stanju lica za koje je pokrenut postupak za ograničenje poslovne sposobnosti i o uticaju tog stanja na njegovu sposobnost da se stara o zaštiti svojih prava i interesa i na sposobnost da shvati prava i interesa drugih lica. 5) Stručno mišljenje veštaka medicinske struke ne sme biti starije od dva (tri) meseca. 6) U postupku za ograničenje poslovne sposobnosti sudija mora lično videti lice o kome se radi, saslušati ga i uzeti u obzir njegovo mišljenje i stavove.

Član 34, koji bi zamenio čl. 34 i 35 a koji se odnose na potpuno i delimično lišenje poslovne sposobnosti, bi mogao da nosi naslov ‘Poslovi koje lice ograniče-

³² Član 33 teksta Prednacrtu koji predlažemo da se izmeni glasi: 1) Lice može biti delimično ili potpuno lišeno poslovne sposobnosti pod uslovima i postupku utvrđenim zakonom. 2) Licu lišeno poslovne sposobnosti postavlja se staralac. 3) O lišenju poslovne sposobnosti odlučuje sud. 4) Pre donošenja odluke o lišenju poslovne sposobnosti sud će pribaviti stručno mišljenje veštaka medicinske struke o zdravstvenom stanju lica za koje je pokrenut postupak za lišenje poslovne sposobnosti i o uticaju tog stanja na njegovu sposobnost da se stara o zaštiti svojih prava i interesa drugih lica. 5) Stručno mišljenje veštaka medicinske struke ne sme biti starije od tri meseca. Alternativa: Brišu se st. 2-5).

ne poslovne sposobnosti ne može obavljati' i da glasi: Sudskom odlukom o ograničenju poslovne sposobnosti određuju se pravni poslovi ili grupa poslova lične i imovinske prirode koje to lice ne može samostalno preduzimati.

I ostale odredbe Prednacrta treba uskladiti sa novim konceptom zaštite lica sa intelektualnim psihosocijalnim smtenjama, kao npr. čl. 36 – Ukidanje ograničenja poslovne sposobnosti, koji bi mogao da glasi: 1) Punoletnom licu se može ukinuti ograničenje poslovne sposobnost kada prestanu razlozi zbog kojih je ona bila ograničena.

2) Sud po službenoj dužnosti, najmanje jednom godišnje (ili jednom u dve godine) ili na zahtev lica koje ima pravni interes, uključujući i lice čija je poslovna sposobnost ograničena, preispituje da li su prestali razlozi za ograničenje poslovne sposobnosti.

Čl. 2228 koji se odnosi na nesposobnost za rasuđivanje kao bračnu smetnju treba preformulisati, tako da predložimo sledeće: 1) Brak ne može zaključiti lice koje ni uz pruženu podršku i pomoć nije u stanju da shvati značaj prava i obaveze koje iz braka proizilaze. 2) Lice čija je poslovna sposobnost ograničena može zaključiti brak ako mu rešenjem o ograničenju poslovne sposobnosti pravo na brak nije uskraćeno. Sa pomenutim odredbama bi trebalo uskladiti čl. 2246 Prednacrta koji se odnosi na ništavost braka, i dodati čl. 2246a, tako da glase: 1) Brak je ništav ako ga je zaključilo lice koje u vreme sklapanja braka nije bilo u stanju shvatiti značaj prava i obaveze koje iz braka proizilaze. 2) Ako lice iz prethodnog stava naknadno postane sposobno da shvati značaj prava i obaveze koje iz braka proizilaze, brak je rušljiv. Čl. 2246a - Ograničenje poslovne sposobnosti: 1) Brak je ništav ako ga je zaključilo lice čija je poslovna sposobnost ograničena a odlukom o ograničenju mu nije priznato pravo na sklapanje braka. 2) Ako licu iz prethodnog stava ograničenje poslovne sposobnosti bude ukinuto brak je rušljiv.

Predložimo zatim, da se čl. 2318 Prednacrta koje se odnose na produženje roditeljskog prava takođe izmeni, a čl. 2319 i 2320 brišu, jer nisu u skladu sa odredbama Konvencije UN o pravima osoba sa invaliditetom. Izmenjeni čl. 2318 bi glasio: Ukoliko dete ni nakon sticanja punoletstva nije u stanju da se samo stara o sebi i zaštiti svojih prava i interesa ni uz pomoć i podršku, odnosno koje i pored pomoći i podrške svojim postupcima neposredno ugrožava sopstvena prava i interese ili prava i interese drugih lica primeniće se čl. 33 i 34 Prednacrta.

Dosledno sprovodeći odredbe Konvencije potrebno bi bilo izvršiti izmene i u delu Prednacrta koji se odnosi na usvojenje. Tako bi posle čl. 2328 koji se odnosi na saglasnost roditelja usvojenika trebalo dodati čl. 2328a - Saglasnost roditelja čija je poslovna sposobnost ograničena: 1) Za usvojenje deteta potrebna je saglasnost roditelja čija je poslovna sposobnost ograničena. Roditelju koji nije u stanju da shvati značaj i posledice usvojenja biće pružena podrška za razumevanje takve

odluke. 2) Ako rešenjem o ograničenju poslovne sposobnosti nije utvrđeno da roditelj nije u stanju da donosi takve odluke njegova saglasnost je potrebna. 3) Ako roditelj iz st. 1 ovog člana iz neopravdanih razloga i suprotno najboljem interesu deteta odbije da da saglasnost za usvojenje, sud će u vanparničnom postupku, na predlog organa starateljstva, utvrditi da li je usvojenje u najboljem interesu deteta i doneti odluku o davanju saglasnosti sa usvojenjem. 4) Organ starateljstva će zatražiti od vanparničnog suda saglasnost za usvojenje deteta čijem roditelju je poslovna sposobnost ograničena i u slučaju da saglasnost tog roditelja nije moguće pribaviti. 5) Roditelj čija je poslovna sposobnost ograničena mora biti obavešten o pokretanju postupka za usvojenje, bez obzira da li je njegova saglasnost za usvojenje potrebna. A čl. 2329 bi trebalo izmeniti tako da glasi: 1) Saglasnost roditelja za usvojenje nije potrebna ako je roditelj potpuno lišen roditeljskog prava. 2) Ako roditelj koji je lišen prava da odlučuje o pitanjima koja bitno utiču na život deteta iz neopravdanih razloga i suprotno najboljem interesu deteta odbije da da saglasnost za usvojenje, sud će u vanparničnom postupku, na predlog organa starateljstva, utvrditi da li je usvojenje u najboljem interesu deteta i odlučiti o davanju saglasnosti za usvojenje.

I u delu Prednacrta koji se odnosi na hranjenje potrebne su odgovarajuće izmene. Čl. 2351 (Maloletstvo hranjenika) bi mogao da glasi: 1) Hranjenje se može zasnovati samo ako je dete maloletno. 2) Zasnovano hranjenje može se produžiti i posle navršanih 18 godina života hranjenika, ako hranjenik zbog intelektualnih i/ili psihosocijalnih teškoća nije sposoban da se samostalno stara o sebi i zaštiti svojih prava ni uz pomoć i podršku. 3) Za produženje hranjenja iz prethodnog stava potrebna je saglasnost hranjenika, ukoliko je u stanju da shvati značaj i posledice produženja hranjenja. 4) Hranjenje se može produžiti bez saglasnosti punoletnog hranjenika samo ukoliko sud, na predlog organa starateljstva, utvrdi da hranjenik nije sposoban za samostalan život uz pomoć i podršku. U čl. 2352 koji reguliše pitanje porodičnog statusa hranjenika podobnog za zasnivanje hranjenja izraz 'ako (dete) ima smetnje u psiho-fizičkom razvoju' zameniti rečima 'ako (dete) ima intelektualne ili psihosocijalne teškoće'. I čl. 2353 (Saglasnost roditelja hranjenika) treba prilagoditi Konvenciji:

1) Hranjenje se može zasnovati samo uz saglasnost roditelja deteta. 2) Za zasnivanje hranjenja nije potrebna saglasnost roditelja ako su oni nepoznati ili je nepoznato njihovo boravište, ako nisu živi ili su potpuno lišeni roditeljskog prava. 3) Ukoliko roditelj deteta još nije stekao poslovnu sposobnost, njegova saglasnost za zasnivanje hranjenja je potrebna ako je u stanju da shvati pravni značaj i posledice hranjenja.

4) Ukoliko je roditelj lišen prava na čuvanje i podizanje odnosno vaspitavanje deteta ili se ne stara o detetu ili se stara o detetu na neodgovarajući način, po-

stupak za zasnivanje hranjenja može biti pokrenut samo ukoliko se roditelj saglasi sa zasnivanjem hranjenja. 5) Ukoliko se roditelj iz prethodnog stava ne saglasi sa zasnivanjem hranjenja, hranjenje može biti zasnovno i bez njegove saglasnosti ukoliko mu je prethodno pružena odgovarajuća stručna pomoć i podrška za pravilno ostvarivanje roditeljskog prava a roditelj i dalje zanemaruje staranje o detetu. 6) Organ starateljstva će odrediti mere, način i postupak pružanja stručne podrške roditelju iz prethodnog stava. Za diskusiju je da li je u tom slučaju potrebna odluka suda, u kom slučaju bi se mogao dodati st 6): U slučaju iz stava 5 ovog člana organ starateljstva će pokrenuti postupak pred vanparničnim sudom za davanje saglasnosti na zasnivanje hranjenja, ako oceni da je smeštaj deteta u hraniteljsku porodicu u najboljem interesu deteta. Zatim, u čl. 2360 koji reguliše pitanje načina prestanka hranjenja, kao lica ovlašćena da podnesu zahtev za prestanak hranjenja (st. 4) treba uključiti i hranjenika koji je sposoban da shvati pravni značaj i posledice svog zahteva. U čl.2363 posle st. 3 dodati st. 4, 5 i 6, tako da bi sadašnji st. 4 bio obuhvaćen predloženim stavom 5, a sadašnji stav 5 bi postao st. 7. Predlažemo da stavovi 4 i 5 glase: st. 4) Ukoliko je roditelj štićenika pre nego što je postao nesposoban da se stara o detetu izrazio svoju volju i želju u pogledu izbora staraoca u kontinuiranom ovlašćenju punomoćnika koje je overeno od strane suda/notara, organ starateljstva je dužan da uzme u obzir želju roditelja, ako oceni da je to u najboljem interesu deteta. 5) Ukoliko roditelj nije ostavio kontinuirano ovlašćenje punomoćnika u pogledu izbora staraoca deteta, ili ako se predloženi staralac ne saglasi sa tim, ili ako organ starateljstva oceni da izbor staraoca nije u najboljem interesu deteta, pokušaće najpre da smesti štićenika u srodničku porodicu. 6) U rešenju o postavljanju staraoca organ starateljstva mora obrazložiti razloge zbog kojih nije uvažio izbor staraoca koji je roditelj izrazio u kontinuiranom ovlašćenju punomoćnika. Isto tako, u čl.2366 koji se odnosi na pitanje koje lice ne može biti postavljeno za staraoca umesto 'lice koje je potpuno ili delimično lišeno poslovne sposobnosti' treba staviti 'lice čija je poslovna sposobnost ograničena' ili 'lice čija je poslovna sposobnost u domenu brige o detetu ograničena'. I deo Prednacrtu koji se odnosi na dužnosti staraoca treba izmeniti i prilagoditi odredbama i smislu Konvencije, pre svega u pogledu njegove dužnosti da se stara o najboljem tumačenju želja i preferencija lica čija je poslovna sposobnost ograničena a ne na utvrđivanju šta je u njegovom najboljem interesu. I najzad, i deo koji se odnosi na priznanje očinstva vanbračnog deteta treba prilagoditi odredbama ove Konvencije, u tom smislu što licu čija je poslovna sposobnost ograničena u delu koji se ograničenje poslovne sposobnosti, kao što

je predviđeno pravom Hrvatske³³, ili samo pravo da samostalno podnese tužbu za utvrđivanje očinstva, bez posredstva staraoca.

OLGA CVEJIĆ-JANČIĆ, LL.D.,

Professor, University of Novi Sad, Faculty of Law

SHIFT IN THE PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES

Summary

In recent years significant changes have been made in the Non-Contested Procedures Act in terms of improving of procedural status of persons against whom proceedings for deprivation of legal capacity was initiated. These changes were necessary for implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the question is whether the substantive provisions of our legislation should be changed i.e. whether the upcoming Civil Code should in a new way regulate the issue of deprivation of legal capacity, in accordance with the provisions of the above mentioned Convention, primarily so as to abolish of full deprivation of legal capacity and limitation of legal capacity apply exceptionally and only if the person concerned is not able to exercise his/her legal capacity even with assistance and support. This means that the substitute decision-making, which is now established by appointment of guardian, should be replaced with supported decision making, meaning that a person with disability, first of all, should be supported to make decision by himself/herself and, instead of looking for the best interest of the person concerned the primary concern must be to ensure the respect of the person's rights, will and preferences i.e. the "best interpretation of will and preferences" must replace the "best interests" determinations.

³³ Čl. 63 st. 1 tač. 1 Obiteljskog zakona Hrvatske, koji glasi: (1) Očinstvo može priznati: 1) punoljetna osoba neovisno o svojoj poslovnoj sposobnosti.

DROITS DE L' ENFANT... OU DROIT À L'ENFANT?

1. Introduction

Si on fait un aperçu générale sur le Droit de la Famille on constate bientôt que tout, ou presque tout, de son contenu on le trouve en profonde révision doctrinale et légale dans le XXIème siècle. Ainsi, par exemple, de l'*institution du mariage* généralement acceptée on est passé au simple *contrat du mariage* célébrée entre l'homme et la femme en vue d'organiser une communauté de vie qui, au moins tacitement, accepte les enfants y procréés, et que latéralement vont assurer aussi la survie de la société qui les accueille. Mais à l'heure actuelle l'hétérosexualité n'est pas toujours exigée à la couple dans toutes les pays et par conséquence la fécondité biologique a disparue comme but juridique de cette modalité du mariage. D'autre part l'introduction de la séparation et divorce sans cause permet soutenir à la doctrine que la figure d'un contrat au moment clé de la célébration solennelle du mariage commence à s'en effacer progressivement d'un point de vue juridique. Plus encore dans certaines territoires on invite instamment aux futurs conjoints à réfléchir sérieusement et préalablement sur les conséquences défavorables pour chacun d'eux dans le cas éventuel d'une rupture, probable et presque normale au moyen terme, et à se prévenir par des contrats prématrimoniaux. En résumé: on commence à accepter dans la doctrine que le mariage a été dévalué ju-

Gabriel García Cantero, Catedrático de Derecho Civil emérito de la Univ. de Zaragoza, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Espagne.

ridiquement à un niveau inférieur, à celui des simples rapports sociaux ou de convenance.

Les changements et les incertitudes à l'égard du mariage et de la famille viennent logiquement d'en affecter directement au droit de la filiation. Les statistiques nous montrent une réalité au moins inquiétante. Les nombre de mariages descende rapidement au Premier Monde et en conséquence le taux de naissance matrimoniaux aussi. Dans la plupart des pays européens on est loin d'atteindre le taux de survivance (2,1 des enfants pour femme en état de procréer). Un dessert démographique est annoncé pour les années 2030 et suivantes dans notre continent. C'est vrai que les unions de fait, -soumises ou pas à un régime de registre préalable, ce qui reste toujours question accessoire-, augmentent rapidement dans ce siècle aux mêmes pays développes, mais on sait que leur taux de fécondité -au moins en Europe- demeure de règle très inférieure à l'union légale.

Si on laisse à côté les froides, et parfois énigmatiques, données statistiques on trouve, à mon avis, d'autres aspects inquiétants dans la situation juridique de l'enfant par rapport à ses géniteurs dont les conséquences sociaux semblent se prolonger pour les générations futures. À ce propos on parle de limiter l'application du principe de l'autonomie de la volonté très promu récemment dans le Droit de la famille. À ce propos, permettez-moi d'invoquer un aphorisme juridique recueilli par LOYSEL, un auteur français du XVIIIème siècle, qui dit comme suit: *Qui fait l'enfant le doit nourrir*. À l'époque, bien sûr, le niveau scientifique de la Médecine et de la Biologie en Europe n'était pas trop avancé, et la situation juridique des enfants nés hors mariage n'était pas tellement heureuse. Mais l'aphorisme exprime une règle universelle que seulement au milieu du XXème siècle s'était proclamée par les Codes civils européens: *Libre recherche de la paternité et maternité*. À l'heure actuelle, si bien pour les personnes non mariés, majeurs d'âge, aucune loi prohibe qu'ils entretiennent des rapports sexuels parmi eux, la règle juridique citée oblige tous les deux à maintenir l'enfant qu'ils ont éventuellement procréé. De sa part, la Déclaration des Droits de l'Enfant de 1989 a élevé à *principe universel le bien-être de l'enfant* qui doit toujours prévaloir devant tout autre intérêt légitime, soit-il ce de ses parents.

Le thème de ce Congrès est justement d'étudier les limites à l'autonomie de la personne dans plusieurs domaines, et notamment dans le Droit de la famille. C'est claire que les avances scientifiques, surtout dans l'utilisation des les nouvelles techniques de procréation assistée, semblent apparemment n'avoir pas de limitations. Mais toujours de graves interrogations y se posent pour les juristes.

L'aphorisme cité en établi d'abord des devoirs pour les parents, lesquels au long de la histoire on a nommé toujours comme le *père* et la *mère* du nouveau né. Dans l'avenir le moment exacte de la procréation biologique qui résulta-

it de l'union sexuelle dans l'intimité de la couple, dans certaines cas, cesse d'être un *arcanum naturae*, et il devienne ouverte au tiers parce qu'on la pratique dans l'éprouvette et on programme aussi la naissance. En tout cas, il faut remarquer que le fait de la procréation biologique, a été et continue à l'être *un affaire de deux personnes*, lesquelles ont tout d'abord le devoir conjoint d'alimenter à l'enfant procréée. En conséquence, la procréation réalisée par une seule personne, sous l'angle juridique il semblerait au moins quelque chose d'incomplète. Et aussi la reconnaissance légale d'une tri parentalité (ou encore plus large) semblerait, par contre, excessive.

La mise en application des nouvelles techniques pour la procréation assistée on donné lieu à une vraie révolution dans le domaine de la filiation. Certes: le point de départ de celles-ci a été capable d'enthousiasmer la société contemporaine. En effet, tout cela va permettre que le 15-20% des couples mariées du monde, infécondes pour des différentes causes, puissent devenir des parents. Plus ou moins une génération est passée dans le Royaume Uni quand le premier *bébé éprouvette*, appelé Louise Brown, avait interrogée ses parents au moment d'arriver à la majorité d'âge : *Pourquoi vous ne m'avais pas dit la vérité?* Les sociétés plus avancées l'ont intégrée la procréation assistée dans ses usages. En même temps, la philosophie de cette technique a rapidement évoluée, même si pas tous les pays l'ont admise ou avec la même ampleur. À l'heure actuelle au lieu de rester une manière de procréation complémentaire ou subsidiaire de la biologique, on l'a converti dans un *droit individuel du citoyen* mais auquel, dans la pratique, seulement les classes aisées de la société peuvent y accéder.

Mais, tout ce qui est biologiquement possible doit être juridiquement approuvé? Est-ce qu'il faut consacrer sans limitations qu'une personne quelconque puisse exiger *son droit à avoir un enfant*? Est-ce qu'il faut reconnaître un droit subjectif à toutes les couples pour avoir descendance, le cas échéant en utilisant la maternité subrogée?

Encore une autre question: La Loi d'avortement vient d'évoluer dans plusieurs pays jusqu'à en proclamer un droit presque absolue de la mère de mettre fin librement à sa gestation. Sans entrer à discuter dans le thème à fond, je veux citer simplement les statistiques USA qui viennent d'annoncer que pendant le XXème siècle, dans le monde entière se sont produit un nombre d'avortements légales équivalent aux victimes de toutes les guerres et conflits mondiaux dans la même période de temps. Ne serait-il une donnée à réfléchir? En Espagne les statistiques nous parlent de presque deux millions de *nascituri* conçus après la première Loi de 1986 que, légalement, sa mère a empêché de naître. Est-ce que la procréation biologique a laissé d'être en général, *un affaire à deux*? Pourquoi le père ne peut pas intervenir légalement dans la procédure d'avortement? Ou bien est-ce qu'en

réalité la Loi en vigueur vient de consacrer un système anti féministe dans l'ombre qui va permettre toujours que l'homme puisse librement se libérer de son devoir d'alimenter son enfant, en tant que la mère devra décider, en solitude, sur la vie à naître de son enfant?

Je crois que le principe *the best interest of Child* solennellement proclamé par l'ONU en 1989 devra être tenue toujours en compte dans ces concrètes cas qu'on va analyser successivement. À mon avis, il existe un grave décalage, ou pire encore un vrai abîme entre l'enfant - c.a.d. le mineur d'âge - dans sa qualité d'un sujet de droits, et internationalement privilégié en raison de sa condition d'être vulnérable, et la condition juridique réduite au simple objet soumis au pouvoir absolue d'une personne, même s'il s'agit de sa mère ou de son père.

2. Les règles impératives de la filiation

Dans le Cc esp. il y a des règles dont le caractère impératif on ne peut pas discuter:

L'art. 108 le possède dans tout son contenu quand il déclare deux catégories des filiation: La filiation par nature ou biologique (le thème ici traité), résultat de l'union sexuel d'un homme et d'une femme, soit qu'ils se sont mariés parmi eux (filiation *matrimoniale*) ou non (filiation *non matrimoniale*). Et la filiation créée par la loi (*adoptive*), c.a.d. une filiation artificielle, à laquelle le Droit romain avait déjà assigné des différents buts sociaux, publiques et privés, et que par la suite s'est orienté historiquement vers des finalités plutôt privés, avec des époques historiques de disparition dans la pratique, ou au moins de déclin, et d'autres telle après la IIème GM qui ont donné lieu à l'*âge d'or de l'adoption*. Le texte actuel a été introduit par la réforme de 1987 qui a unifié l'adoption simple et l'adoption plénière en utilisant comme modèle celle-ci.

Du même il a caractère impératif quand l'art. 108 déclare l'égalité des effets de toutes les catégories des filiation (principe renforcé par les arts. 14 et 39.2 CE).

Dans les rapports parents enfants les arts. 110 et 111 Cc, - peut-être se faisant écho de l'aphorisme de Loysel -, insistent clairement dans les aspects de *devoirs*: (" Le père et la mère, même s'ils n'ont pas l'autorité parentale sur eux, sont *obligés* à veiller ses enfants mineurs et à leur donner des aliments", dispose le première, et répète le deuxième). Comme reconnaît la Prof.^a Roncesvalles BARBER CÁRCAMO il s'agit à la manière d'un minimum vital qui représente la responsabilité en raison de la nouvelle vie procréée, indépendamment de la dette légale d'aliments. Si la couple est mariée et elle se trouve en bonne harmonie s'est claire que ce devoir s'intègre dans les charges de la famille ainsi que dans les devo-

irs inhérents à l'autorité parentale. Mais les articles signalés règlent plutôt des cas exceptionnelles.

Dans beaucoup des cas pour la filiation matrimoniale et pour un certain nombre de cas de filiation non matrimoniale tous les étapes juridiques de cet état civil se produisent normalement en étant d'accord les parents. L'état moderne, s'inspirant des livres de registre ecclésiastiques, a organisé un réseau des bureaux officiels pour faciliter la vie privé des citoyens. Les romains ont créé la présomption *pater is est quae iuxtae nuptiae demonstrant*, que les Codes actuels reproduisent parce qu'elle s'appuie sur *quod plerumquae accidit*. Pour les citoyens modernes la preuve de l'état de filiation est plus important que pour les romains. Actuellement l'accouchement se produit dans des cliniques et la loi a prévu un certain délai pour que les parents puissent comparaître devant le Registre Civil à l'objet de remplir ses devoirs à l'égard du nouveau né et de la société. La nouvelle Loi du Registre Civil de 2011 se propose simplifier encore la procédure de cela. La famille connaît bien l'utilité pratique du *Livre de Famille*.

L'art. 112 établit une autre règle impérative: "La filiation produit ses effets depuis qu'elle a eu lieu". Moment qu'on identifie avec la naissance, mais il faut en tenir compte de l'art. 29: "L'enfant conçu est considéré né pour tous les effets favorables, à la condition qu'il naisse avec les conditions qu'exige l'article suivant". L'expérience séculaire nous montre aussi que parfois et par de différentes raisons ils se produisent des délais plus ou moins longues entre la naissance de l'enfant et la détermination légale de celle-ci. La couple marié s'avait séparé de fait et le mari annonce son opposition à sa paternité légale une fois qu'il l'avait connue. La couple non marié ne cohabite pas ensemble et même c'est possible que l'homme ignore la grossesse et la naissance. Parfois il y a des femmes qui s'opposent formellement à la reconnaissance de l'enfant par son compagnon et change rapidement de domicile ou disparaît de celui-ci sans notifier le nouveau à personne. En conséquence le législateur a prévu une procédure flexible de la détermination légale de la filiation de l'un ou l'autre de parents susceptible d'application même depuis plusieurs années de la naissance de l'enfant, en établissant une rétroactivité conditionnée des effets (impérativité atténuée) à l'art. 112, par. 1er.

Bien sur, il semble claire que pour la détermination de la paternité et maternité qu'on donne lieu à la filiation d'un nouveau être, la plus convenable serait-elle la réalisée simultanément au moment de la naissance. Mais les devoirs imposés aux parents restent en vigueur pendant toute leur vie et même puissent se transmettre dans certains cas à leurs héritiers. Le système de détermination de la filiation est complexe parce qu'il faut respecter les droits fondamentaux de l'autre, et son droit à l'intimité (selon l'art. 122 quand un parent reconnaît séparément l'enfant il ne pourra pas identifier la personne de l'autre sexe sauf qu'elle était déjà déter-

miné légalement; mais la loi lui permet d'exercer l'action de reconnaissance de paternité ou maternité contr'elle au nom de l'enfant) Par rapport au Droit espagnol dans cette matière il faut tenir en compte les grandes réformes de Droit de la filiation suscitées par la CE de 1978, ainsi que le nouveau régime procédurale introduit par la LEC de 2000. Le Cc dédie deux chapitres aux actions de réclamation et de contestation de la filiation se basant dans un double critère, selon que la filiation soit-elle matrimonial ou pas, ou qu'il existe ou non plus la possession d'état. Selon Roncesvalles BARBER CÁRCAMO la Loi de 1981 a créé un régime très compliqué des actions de filiation, basé dans le principe de la vérité biologique, mais pas de façon absolue. À l'heure actuelle ce système interprétée par une jurisprudence très abondante se trouve dans une crise radicale en raison de résolutions de la Cour Constitutionnelle qui ont privé d'efficacité aux arts. 133 et 136 Cc. Il s'agit des arrêts 273/2005 de 27 octobre, 52/2006, de 16 février, ainsi que des arrêts 138/2005, de 26 mai, et 156/2005, de 9 juin, en raison de son contradiction aux arts. 14, 24 et 39 CE. En conséquence, le système en vigueur des actions de filiation a été profondément modifié de sorte qu'il exige d'urgence une nouvelle législation qui devra mettre d'accord les droits fondamentaux de la personne et la finalité institutionnelle de la filiation. Donc, je laisse ici le droit espagnol et j'essaie de rester toujours au niveau des principes généraux.

La détermination de la filiation devra être facilitée toujours avec l'admission de toutes les preuves, y incluses les biologiques, en permettant de réclamer au vrai parent biologique la déclaration de sa paternité ou maternité. Il s'agira donc d'une règle impérative d'établir que "l'action de réclamation de la filiation matrimoniale ou non matrimoniale, de nature imprescriptible, correspond au père, et au mère et à l'enfant pendant leur vie"; et en même temps, le mari ou la femme auxquels la présomption légale leur attribue une fausse paternité ou maternité il pourront la contester dans le procès. Il semble opportune de permettre la reconnaissance volontaire de la filiation, parce qu'on facilite ainsi l'accomplissement d'un devoir juridique à chaque parent. Mais peut être, pour éliminer la possibilité des reconnaissances de complaisance il semble opportun de réfléchir sur la convenance d'imposer dans tous les cas d'exercice d'une action de filiation l'obligation légale d'apporter le certificat officiel avec le résultat des preuves biologiques correspondantes. Quant à la mère, il semble raisonnable conserver la règle *mater semper certa est*. En général, l'opposition à une reconnaissance volontaire ou à l'exercice d'une action de réclamation ou de contestation de la filiation seulement pourra s'exercer devant le juge s'il ne serait-il pas contraire au bien-être de l'enfant. La doctrine élaborée jusqu'à présent par le TS et le TC à propos du valeur juridique qu'on doit reconnaître à la négative injustifiée de pratiquer une preuve biologique de la filiation semble utile de la convertir en règle juridique.

3. La filiation dérivée des techniques de procréation assistée

L'apparition et le développement de ces techniques ont produit une espèce de *tsunami juridique* dans le domaine de la filiation et les effets de son application semblent ne connaître pas des limites. Est-ce que tout en serait-il possible dans ce champs de la procréation médicalement assistée? Dans l'espace d'une génération ont avancé scientifiquement beaucoup plus que depuis le temps de l'Empereur Justinien jusqu'à nos jours. L'*arcanum naturae* a été remplacé par la connaissance de la date concrète de la conception de l'être humain et aussi de la durée approximative de sa grossesse. L'exactitude des preuves biologiques quant à la paternité et maternité se rapproche du 97-98%. Le pourcentage de la réussite de l'application des techniques augmente de plus en plus, si bien le prix d'un traitement d'ensemble excède toujours les possibilités financières de la plupart des couches de la société.

À mon avis au moment de régler l'application de ces techniques le législateur s'est trompé sur plusieurs points:

- tout d'abord sur son encadrement. Les nouvelles lois ont adopté le point de vue de l'acte médical, se penchant plutôt sur la situation juridique des cliniques, c.a.d. à l'égard du droit administrative, une matière qui strictement n'a pas une influence directe sur le droit de la filiation; mais le législateur n'a pas réfléchi à fond sur les éventuelles modifications à introduire sur l'état civil des nouveaux nés: en principe il a fait un renvoi au Code civil, mais tout de suite il a introduit des règles contradictoires en matière essentielle.

- il semble une frivolité, ou pire encore une grave erreur, réintroduire dans le Droit civil la prohibition de rechercher librement la paternité et la maternité au moment où ce principe s'avait inscrit généralement dans les Constitutions du XXème siècle comme la consécration légale d'une lutte fortement combattue depuis des siècles.

- il semble peu justifiée la crainte à publier dans le Registre Civil qu'un enfant a été procréé par les nouvelles techniques. Aujourd'hui il n'y a pas de raisons pour maintenir dans le secret les plus absolues ce donné d'identification et de filiation personnel.

- en principe cette technique de procréer semble s'opposer à la filiation biologique qui se produit en raison de l'union sexuelle, et pour cela on ne la considère pas *filiation naturelle*; on explique sa définition doctrinale d'une modalité de filiation *artificielle*, telle comme se présente, par exemple, la filiation adoptive;

- une fois que les nouvelles techniques sont bien répandues et acceptées par la société; que dans le monde on parle déjà de quelques millions d'êtres humaines

qui sont venus au monde par son application; et que les conflits juridiques se polarisent sur certaines questions, le moment est arrivé de se pencher sur sa configuration juridique.

Je pense que la modalité plus adéquate pour régler la procréation médicalement assistée serait plutôt celle de la législation sur la filiation adoptive; l'expérience que suppose les différents critères législatives sur l'adoption en vigueur dans les plusieurs pays peuvent bien enrichir la problématique existant sur la procréation assistée.

En tout cas, ainsi qu'il n'y a pas un droit absolu à adopter un enfant, il n'existe pas non plus un droit absolue à avoir l'enfant par l'intermédiaire de ces techniques. Les différentes lois, avec des critères pas toujours homogènes, permettent d'initier la procédure d'adoption et, par analogie, celle d'utiliser les nouvelles techniques. Mais on ne peut pas parler d'un droit absolue à adopter un enfant de sorte que les traités internationaux respectent les traditions et les usages de certaines civilisations résolument contraires à accepter l'institution adoptive (on connaît bien que la *kafala* musulmane n'a rien à voir avec l'adoption). Parallèlement il faut admettre qu'un pays n'admet pas ou seulement avec des restrictions la procréation assistée en général et la maternité subrogée en particulier.

Je crois qu'il faut éliminer absolument toutes les pratiques qui conduisent à un *marché d'enfants*, en vue de les adopter, surtout quand dans beaucoup des pays l'opinion publique a dénoncé ces abus. Et par analogie la situation des *mères de substitution* dans certains territoires (on parle à l'Inde de l'existence de plus de 200.000 cliniques dédiées à ce trafic inhumain des femmes vivant dans la pauvreté extrême et qui conduit aussi à un trafic d'enfants; d'autre part la Californie et quelques états américaines semblent donner assez de facilités légaux pour la pratique de ce contrat).

Il semble nécessaire remarquer que la tri parentalité (ou plus étendue encore), plus court ou plus tard va poser des graves problèmes au Droit de successions.

RÉSUMÉ

Dans le monde occidental le Droit de la famille est soumis à une profonde révision du dernier tiers du siècle passé, et en conséquence aussi le Droit de la filiation. Depuis qu'on a essayé d'extraire toutes les conséquences juridiques qui dérivent du principe de l'autonomie de la volonté, il semble adéquat de réfléchir sur les règles impératives qui découlent logiquement de la nature des institutions ainsi que des exigences formulés par les sociétés. L'aphorisme juridique *qui fait l'enfant le doit nourrir*, recueilli par LOYSEL en France au XVIIIème siècle, semble

utile pour inspirer à l'heure actuelle le régime de la filiation biologique. À l'époque on ne pouvait penser qu'à la filiation en tant que résultat de l'union physique parmi deux êtres humaines du sexe opposé. Si de l'union dérive procréation, ils naissent aussi des devoirs pour leurs parents. Le principe semble applicable soit que ceci soient, ou pas, unis par le mariage. Le 25 juillet 1978 est née Louise Brown, la première *bébé éprouvette* européenne, laquelle au moment d'arriver à la majorité d'âge ira reprocher leurs parents légaux: *Pourquoi ne m'avait pas dit la vérité?* Le progrès scientifique a ébranlé le système qui tout récemment venait d'être constitutionnalisé et les législateurs de pays occidentaux ont essayé une nouvelle régulation qui tâtonne pour rencontrer des solutions, toujours discutables, applicables aux enfants nés par la procréation assistée. Le dernier cas problématique c'est la maternité subrogée.

PENNY BOOTH

DIVORCE REFORM – THE ENGLISH LAW EXPERIENCE

The paper is a review of the issues of divorce reform from the perspective of English Law. How marriages, whether heterosexual or same sex, are ended is a major part of Family and Child Law and deserving of thought and attention by lawyers. It is proposed to focus on the current position and the English Law obsession with ‘fault’ as the main issue in the ending of marital relationships. Whether there ought to be reform of the current law is not simply of interest for English Lawyers, but is a topic of concern in all jurisdictions.

Under current law in England and Wales (with Scotland and Northern Ireland having a slightly different regime owing to their constitutional position) it is possible to divorce using the Matrimonial Causes Act 1973¹. Under this legislation, a divorce may basically be granted if the applicant can show that the marriage has broken down irretrievably. The following comes from the legislation:

Divorce on breakdown of marriage.

(1) Subject to section 3 below, a petition for divorce may be presented to the court by either party to a marriage on the ground that the marriage has broken down irretrievably.

(2) The court hearing a petition for divorce shall not hold the marriage to have broken down irretrievably unless the petitioner satisfies the court of one or more of the following facts, that is to say –

Penny Booth is a retired Professor of Child and Family Law. She currently tutors part time with the Open University in the United Kingdom.

¹ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1973/18>

(a) that the respondent has committed adultery and the petitioner finds it intolerable to live with the respondent;

(b) that the respondent has behaved in such a way that the petitioner cannot reasonably be expected to live with the respondent;

(c) that the respondent has deserted the petitioner for a continuous period of at least two years immediately preceding the presentation of the petition;

(d) that the parties to the marriage have lived apart for a continuous period of at least two years immediately preceding the presentation of the petition (hereafter in this Act referred to as “two years’ separation”) and the respondent consents to a decree being granted;

(e) that the parties to the marriage have lived apart for a continuous period of at least five years immediately preceding the presentation of the petition (hereafter in this Act referred to as “five years’ separation”).

The majority of applicants use subsections 2(a) and 2(b) simply because using 2(c) and 2(d) requires a wait of at least two years, and 2(e), the truly no-fault basis for demonstrating irretrievable breakdown, requires a wait of at least five years before a petition can be presented. After obtaining a decree nisi the parties are unable to obtain a decree absolute (which ends the marriage and permits remarriage) until resolution of matters relating to finance and any children of the family. This could mean further delay, but the court permits the ending of the marriage in cases where resolution is ‘on its way’ and likely to be negotiated or imposed by the court. It is not the intention of this paper to deal with financial settlements or child care post-divorce.

There have been attempts to introduce divorce reform since this Act was first written in 1969, and became the 1973 provision it is now. There have been small amendments in respect of the time permitted for example (you have to be married for at least one year before you can petition the court for divorce, previously three years) and major adaptations and changes in relation to the approaches taken with the provisions relating to children ². One major attempted reform was the 1996 reform ³ which reached the statute books and was a complete change to previous approaches to divorce. It attempted to introduce no-fault divorce with a requirement of a time-lapse to allow the parties to learn about what they could do after divorce and how to deal with their children and financial issues both in the interim and afterwards ⁴. The requirements of mediation were not too long, but

² See the Children Act 1989 and section 8 in particular <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1989/41/contents> which alter the position of parents in relation to that of children, introducing responsibilities rather than ‘rights over’ their offspring, perhaps the subject of another, and very different, paper.

³ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/27/contents>

⁴ <http://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/RP96-42/RP96-42.pdf>

did not meet with approval in the trial stage of the legislation, so it was not implemented.⁵ The problems included time limits for the waiting period (the 1996 reform of divorce required a wait of some 12-18 months during which mediation would take place), the requirements for mediation between the parties (which cost somebody, somewhere, some money) and the loss of the ‘fault-based’ 2(a), 2(b) and 2(c) of the Matrimonial Causes 1973 provisions. In other words, people wanted divorce to be as cheap as possible, they wanted to retain some element of ‘fault’ which could be used if they wanted it, and they wanted to get divorced as fast as possible.

Sir James Munby, President of the Family Division⁶, spoke of the need for reform of divorce law:

“Has the time not come to legislate to remove all concepts of fault as a basis for divorce and to leave irretrievable breakdown as the sole ground? Has the time not come to uncouple the process of divorce from the process of adjudicating claims for financial relief following divorce, just as we have finally uncoupled the process of divorce from the process of adjudicating disputes about the children following divorce? Indeed, may the time not come when we should at least consider whether the process of divorce still needs to be subject to judicial supervision?”^{7,8} Three possibilities seem apparent from this latest senior proposal:

- the separation of divorce from claims for financial relief following divorce;
- an end to judicial supervision of the divorce process and the formal introduction of an administrative process; and
- the abolition of concepts of fault from the law of divorce.

How likely is this under current law?

Separation of divorce from claims for financial relief following divorce

Financial relief and divorce are currently intermingled. For an order of maintenance pending suit to be made, a petition for divorce, nullity of marriage or judicial separation must have been filed. For a financial order to be made there must be a decree of divorce, nullity of marriage or judicial separation (or a decree nisi which formally ends the marriage). The President supports the suggestions

⁵ <http://www.ondivorce.co.uk/legislation.htm>

⁶ Family matters are dealt with in the Family division of the High Court. Whilst many matters are dealt with in lower courts, the President of the Family Division has responsibility for the running of family and child matters under English Law.

⁷ <http://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2014/05/family-justice-reforms-29042014.pdf>

⁸ The President’s words were intended to explain the current state of divorce law in language that would be understood by a lay audience because irretrievable breakdown is currently the sole ground for divorce.

of the Family Justice Review which proposed: ancillary relief should be separately reviewed; and the current two-stage process of decree nisi/decreet absolute should be replaced by a single notice of divorce.⁹

The abolition of the two-stage process of decree nisi and decree absolute and the removal of the requirement for a decree (absolute or nisi) of divorce, nullity or judicial separation before a financial remedy application have been suggested. A party would simply be able to make a financial remedy application against a spouse or ex-spouse without meeting the requirements of the decrees or stages of the divorce. This would separate the financial settlement from the ending of the marriage. Changes to existing law in the Matrimonial Causes Act 1973 would be made. The provisions requiring a decree before obtaining a financial remedy order would be removed. Maintenance pending suit which might be reclassified as an 'interim financial remedy' and might also include interim capital provision where appropriate. There would be a single application for divorce and references to a divorce petition would be removed from the existing forms relating to financial remedies. The Family Justice Review proposed these changes and the President has now spoken in favour of them. These may be the most likely reforms to English family law in the next few years.¹⁰

*The formal introduction of an administrative process instead
of a judicial process*

The President stated:

"The process, as you will know... is an essentially bureaucratic administrative process, albeit one conducted by a district judge."

There are many countries (as the President states in his paper) where the system is that of an administrative function and divorce is by consent and there are no children so the process is treated as an administrative one throughout, often dealt with by the registrar of births, deaths, marriages and divorces. It is not likely that there would be the adoption of a purely administrative process where the parties did not consent; and/or where there were any children of the family. This would reflect the proposals of the Family Justice Review.

The President went beyond the Norgrove proposals in two ways: firstly, he included children of the family as a block to an administrative process, and, secondly, the President used the phrase 'consent'. Consent could mean as per section 1(2)(d) of the Matrimonial Causes Act 1973 (two years separation and consent) or it could mean that a party did not dispute a petition, which was the

⁹ https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/217343/family-justice-review-final-report.pdf

¹⁰ <http://www.familylawweek.co.uk/site.aspx?i=ed129824>

position of the Family Justice Review. Clearly, only allowing for an administrative process where the parties consented to the divorce, as opposed to not disputing it, would limit the number of petitions which would be considered under an administrative process¹¹. Were the reforms of the Family Justice Review to be implemented, the requirement for judicial supervision in an undisputed petition would be removed. The reform in this instance would probably require legislative reform. Alteration would be needed to section 1(3) and (4) which as currently enacted require the court to inquire, so far as it reasonably can, into the facts alleged by the applicant petitioner and into any facts alleged by the respondent and to be satisfied of the evidence in relation to the fact relied upon. Amendment would be needed.

The abolition of concepts of fault from divorce

The Matrimonial Causes Act says in section 1 that divorce may be achieved through demonstrating irretrievable breakdown of the marriage via being able to show one or more of one of five facts – adultery by the respondent party, unreasonable behaviour of the respondent party, desertion for two years by the respondent party and separation with consent, and five years separation with no consent of the other party. Three of these facts i.e. (a) adultery, (b) unreasonable behaviour and (c) desertion are what are termed fault-based, as is described earlier in this paper. No-fault divorce was not within the remit of the Family Justice Review and it made no proposals for the removal of fault *per se*. The President therefore went further than the Family Justice Review. He commented that that the current law was “intellectually dishonest as in reality”:

“[W]e have and have had for quite some time in this country divorce by consent in the sense that if both parties wish there will be a divorce if they’re able to establish the grounds for divorce which is very easy to establish.”

He went on to state that in effect divorce was by consent because allegations of behaviour were such that the parties agreed to present them simply in order to achieve the requirements of being able to get divorced. If they have separated and two years have elapsed then there is no issue because the parties simply agree to divorce on the basis of section 2 (d). Defended or contested divorces are “almost invisible”. He went on to say that what was needed was that something should come into the situation of divorce under English law – what we need is

“a bit of intellectual honesty to the situation and getting rid of an unnecessary process which simply makes life more complicated because the district judge under the present system has to go through the ritual of considering whether the anaemic allegations contained in the petition drafted by agreement do or do

¹¹ According to the ONS in 2012 only 25.6% of petitions were based on s.1(2)(d)

not amount to unreasonable behaviour. Most of the time the district judge says, "Yes." Occasionally the district judge says, "No," throws the petition back and the petitioner then goes to the other party and they agree to put in slightly more robust allegations. Of course that is not a sensible process. I do not on the other hand see how this in any way undermines marriage or the sanctity of marriage. It is simply recognising the reality of where divorce law reform has got to and indeed the reality of where divorce law got to about 30 years ago, 30 or 40 years ago."

Parties are effectively achieving divorce in the UK by consent simply by filing petitions containing unreasonable behaviour facts and agreeing them (or not disputing them), so that a divorce is thereby achieved. This seems to suggest that one answer might be the abolition of the two-year separation requirement under the Matrimonial Causes Act 1973 section 1(2)(d). As such, parties would use their own consent to demonstrate irretrievable breakdown of their marriage and thus end the legal tie between them.

Would this be possible? This proposal would not cover a case where the divorce is contested (around 2% of cases according to the Family Justice Review). On the latest Office of National Statistics that is nearly 2,400 divorces a year. Few of these cases will ultimately require a contested hearing because the parties do agree after the first initial disagreement about whether there IS to be a divorce on the facts alleged. There are numerous cases where there is no cooperation and/or a party alleges adultery (the parties may cooperate on this) or wait for 5 years and proceed without consent (an aggregate of 30,273 cases according to the latest ONS statistics).

What might be simpler is the Law Society¹² and their view in response to the Family Justice Review consultation which was that the adversarial, or fault-based facts to demonstrate the ground for divorce should be removed and a 'no fault' system introduced. That would mean, according to the Law Society, that no facts/grounds would need to be shown as to why the marriage had irretrievably broken down when submitting a divorce petition.

There was a strong media response to the President's suggestions, the most immediate question being that the abolition of fault might undermine some notions of responsibility in marriage. The President stated that the abolition of fault would bring 'intellectual honesty' to the situation because in reality 'many divorces go through by consent in the sense that the parties have actually agreed the grounds of alleged unreasonable behaviour before the petition is issued' and

¹² The Law Society is the governing body of solicitors in the UK which regulates those lawyers that citizens will approach initially when they wish to be represented in a divorce case. Solicitor are the usual face-to-face lawyer in such matters, although difficult cases are dealt with by barristers who have wider rights of audience in courts.

that defended divorces are ‘almost invisible’. Is intellectual honesty enough? That goes to the heart of what value is placed by the society and culture on the idea of marriage. Honesty is desirable, and yet it is hard to see how it would persuade politicians and citizens that fault in divorce should be abolished entirely, particularly if there is any evidence that people prefer to have the option of being able to show that the end of the marriage was not their ‘fault’ or was the ‘fault’ of the other party. What might be more persuasive would be a financial focus – the sheer unreality of fault-based provisions, which are left irrelevant by the unaffordable costs of divorce litigation to most individuals and the taxpayer supporting costs. If the system is based on the assumption that parties are represented by expensive lawyers, surely it must be radically redesigned to reflect reality? Perhaps such a direct attack on costs could be targeted at many legal wrangles which cause problems in our society? If we retain fault in divorce law and one party alleges irretrievable breakdown on the basis of a fact, then the other party must be able to challenge that assertion. To have otherwise is an attack on justice. The ability to challenge the petition is provided for in the Family Procedure Rules¹³ and considered in the Matrimonial Causes Act 1973¹⁴. If a party has applied for divorce (asserting irretrievable breakdown through one of the fault-based facts) and the other party does not admit that allegation then the latter party is left with three options: they can instruct legal representatives and contest the petition; represent themselves and contest the petition; or not contest the application despite not agreeing with the alleged fact. Costs are involved, of course, which is potentially a heavy burden. Proof of a contested situation is also fraught with difficulties – time, cost and damaging to whatever is left of relationships (particularly gruesome where there are children involved in the relationship).

Representing yourself is a burden – often outside the capabilities of many. The cost to the taxpayer is even greater with a litigant in person because it takes longer in court when you have a litigant in person. Not contesting the application undermines the purpose of having fault provisions in the first place because if a party is able to allege with impunity that a marriage has irretrievably broken down on the basis of a fault-based fact, then the statutory framework is defunct if this is untrue and cannot be challenged. The first party to petition is almost guaranteed to succeed in their petition if it is not challenged and IS untrue. This would effectively encourage parties to rush to petition first – to be the first in court

¹³ Family Law Procedure Rules r 7.12 and 7.14

¹⁴ Section 1 ‘(3) On a petition for divorce it shall be the duty of the court to inquire, so far as it reasonably can, into the facts alleged by the petitioner and into any facts alleged by the respondent. (4) If the court is satisfied on the evidence of any such fact as is mentioned in subsection (2) above, then, unless it is satisfied on all the evidence that the marriage has not broken down irretrievably, it shall, subject to section 5 below, grant a decree of divorce.’

and to win. Arguments in favour of a fault-based divorce system must be able to justify the costs of that regime to the individual and the taxpayer who funds the system and the courts. A party must be able to contest an allegation made against them without suffering oppressive consequences or detriment in doing so. If there was a no-fault system then the system would be simplified and the costs reduced.

Is it very likely, though? Probably not (yet). The proposals are controversial and perhaps even more so under our current government, even if there were not other more pressing economic issues for this government to deal with, without considering a major change to a divorce system which has been around in its current form for 43 years. Administrative changes to make divorce more 'administrative' (a registration system, in effect) are possible, and that would be the first step towards a more substantial change in the law. Debates about a fault-based divorce regime are alien to those facing the reality of divorce litigation, but discussing reform making it cheaper and simpler to divorce is likely to prove successful.

Dr PENI BUT,
profesor Porodičnog i dečijeg prava u penziji,
Otvoreni univerzitet, Velika Britanija

REFORMA RAZVODA BRAKA – ISKUSTVO ENGLESKOG PRAVA

Rezime

Ovaj rad prikazuje sadašnju poziciju brakorazvodnog prava u engleskom pravu. Ukratko se prikazuju poslednji pokušaji značajne reforme iz 1996 godine, koristeći posredovanje (medijaciju) i protek vremena kako bi se pomoglo strankama koje se razvode, kao i razlozi za neuspeh reforme. Rad istražuje potencijalne probleme reforme engleskog brakorazvodnog prava i fokusira se na odvajanje samog razvoda od finansijskih i imovinskih pitanja, i na čisto administrativne promene, zatim se detaljnije bavi eliminisanjem krivice kao razloga za razvod. To je učinjeno u svetlu predstavljanja predsednika Porodičnog odeljenja (rukovodilac porodično-pravnih sudova prema engleskom pravu) iz 2014 i diskusije o pitanjima koja mogu promovisati ili sprečiti buduću reformu. Kako se završavaju brakovi, bilo da su heteroseksualni ili homoseksualni, je glavni deo Porodičnog i Dečijeg prava i zaslužuju razmišljanje i pažnju pravnika svake zemlje. Da li sadašnje pravo treba da bude reformisano nije od značaja samo za engleske pravnike, već je tema za razmatranje u svim pravnim sistemima..

ZORAN PONJAVIĆ

PRAVNI POLOŽAJ TAZBINSKIH SRODNIKA U REKOMPONOVANOJ PORODICI

U V O D

Rekomponovane porodice su oduvek postojale. Pravo, a ni sociologija ne daju odgovor na pitanje šta je rekonponovana porodica. Prve studije o njoj datiraju još iz sedamdesetih godina prošlog veka u SAD, ali bez doslednosti u pogledu korišćenja termina. Najpre su to bile reconstitued families, zatim blended families a na kraju stepfamilies.¹ Izraz koji se u ovom radu koristi “rekomponovana porodica” je preuzet iz francuske terminologije famille reconstituée, proizašao iz socioloških radova Irène Théry². Kao što se u doktrini primećuje naziv na izveštan način sugerise da je ova porodica nastala posle propasti prethodne, sastavljene

Dr Zoran Ponjavić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad je rezultat istraživanja na projektu “Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru” br . 179046 koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije”.

¹ M. Moral, Belle-mère ou marâtre », Archipel, 2013, p.30 :<http://www.youscribe.com/catalogue/livres/actualite-et-debat-de-societe/essais/belle-mere-ou-maratre-2001442>. Pristup: 02.06.2016.

² I. Théry, Remariage et familles composées : des évidences aux incertitudes, L'année sociologique, Paris, 1987, Puf, 37, 119-152. Navedeno prema: Le-Gall Didier, P. Haydée, Éditorial. Les familles recomposées à l'heure des parentés plurielles, Dialogue 3/2013 (n° 201), p. 7-14 URL : www.cairn.info/revue-dialogue-2013-3-page-7.htm. I. Théry, M.-J. Dhavernas, Le beau-parent dans les familles recomposées. Rôle familial, statut social, statut juridique, Revue des politiques sociales et familiales, Année 1992 Volume 27 Numéro 1 pp. 37-55, http://www.persee.fr/doc/caf_1149-1590_1992_num_27_1_1527.

na od delova drugih porodica i da stoga nema isti kvalitet kao predhodna. Upravo zbog takve negativne konotacije u doktrini se predlažu i drugi nazivi, kao "druge porodice". Ovaj naziv treba da ukaže da se radi o pravoj porodici sa istim pozitivnim aspektima kao i prva porodica, ukazujući samo na njen hronološki karakter u odnosu na prethodnu.

Problemi vezani za rekonponovane porodice su različiti sobzirom na način njihovog nastanka. Ranije su najčešće nastajale posle smrti jednog roditelja deteta, nakon čega je preživeli zasnivao drugi brak. U ovom slučaju novi supružnik se javlja kao zamena za umrlog roditelja. Ovakve porodice danas nastaju najčešće posle razvoda braka, dok su oba roditelja deteta još uvek u životu, pa tazbinski srodnik nema nameru da zameni roditelja. Prisustvo roditelja deteta, očuha i maćehe, komplikuje odnose. Ovakva situacija otvara danas pitanje uloge tazbinskih srodnika, njihovih prava i obaveza prema detetu. Konvencija UN o pravima deteta u čl.3 reguliše da je najbolji interes deteta od primarnog značaja. U kontekstu ove teme mora se poći najpre od prava deteta da se adaptira na konkretne uslove života. U praksi, pak, uloga tazbinskog srodnika u svakodnevnom životu deteta određena je kvalitetom odnosa koje ima sa roditeljem koji ne vrši roditeljsko pravo.

Osnovno pitanje danas nije vezano kao nekada za imovinska prava deteta već za neimovinska prava deteta i tazbinskih srodnika. Rasprava u vezi rekonponovanih porodica se okreće suštinski oko dece, jer, bez njih nema ni ove, ali ni bilo koje druge porodice. Jer u savremeno doba deca su ta koja stvaraju porodicu.³ Na pravnom planu ovo se ogleda u razdvajanju položaja maloletne dece u odnosu na položaj njihovih roditelja, kao i sve veće poštovanje prava dece. Ipak, osnovno pitanje koje se postavlja povodom rekonponovanih porodica tiče se pravnog položaja tazbinskih srodnika u njoj, odnosno, da li im treba obezbediti poseban pravni status s obzirom na ulogu koju oni *de facto* igraju u životu deteta. Ako se pođe od činjenice da je interes deteta najvažniji i da on uslovljava sve druge, onda se moramo pozabaviti odnosom pravnog položaja tazbinskih srodnika i interesa deteta, pošto se prethodno izloži pojam rekonponovane porodice.

O POJMU REKOMPONOVANE PORODICE

Koliko nam je poznato u našoj pravnoj doktrini o ovoj temi kod nas nije pisano niti je iskovan neki poseban naziv za ovu porodicu. S druge strane, pitanje pravnog položaja tazbinskih srodnika bilo je samo sporadično i uzgredno doti-

³ P. Malaurie et H. Fulchiron, *La famille*, Defrénois, 3ème éd., 2009, n° 7 n° 17. Navedeno prema: S. Perrin, Parenté et parentalité : le rôle du tiers dans la vie de l'enfant, Étude de droit comparé européen, http://cdpf.unistra.fr/fileadmin/upload/CDPF/theses_memoires_et_rapports/THESE_derniere_version_v1-0_mai_2012.pdf. Pristup: 15. avgust 2016.

cano u radovima koji su se bavili bračnim smetnjama ili obavezom izdržavanja. Nasuprot tome, u zapadnoevropskoj, naročito anglosaksonskoj, literaturi ova tema je, počevši od kraja prošlog veka, pobudila značajan interes. U Francuskoj su se rekonponovanom porodicom najpre bavili sociolozi prava pa je tako već početkom ovog veka tamo objavljena i prva monografija na ovu temu.⁴

U srpskom jeziku postoji pravo bogatstvo preciznih naziva kojima se označavaju tazbinski srodnici što govori o njihovoj ulozi u životu tradicionalne porodice koja se nikako ne može zanemariti.⁵ Ovu porodicu čine, na prvom mestu roditelj deteta, bračni partner majke ili oca deteta (očuh ili maćeha) i pastorc. No, Porodični zakon Republike Srbije⁶ prilikom regulisanja tazbinskog srodstva kao bračne smetnje (čl. 21. st. 1) nabraja i druge srodnike: svekar, snaha, zet, tašta. Ipak, u radu će biti reči samo o pravnom položaju očuha i maćehe i njihovom odnosu sa pastorcima, kada žive sa njima i roditeljem deteta kome je ono povereno. Iz razmatranja ćemo isključiti odnos deteta i očuha ili maćehe koji ne živi sa detetom. U pitanju je bračni partner roditelja deteta kome ono nije povreno po prestanku prethodnog braka. Pojam rekonponovane porodice ne obuhvata i njih budući da u najvećem broju slučajeva ne čine rekonponovanu porodicu. Rekonponovanu porodicu čini bračni par od koga je bar jedan od supružnika bio ranije u nekom drugom prethodnom braku i ima dete iz te zajednice.

U pravu Republike Srbije nastanak tazbinskog srodstva se vezuje isključivo za zaključeni brak. Očuh i maćeha su bračni partneri roditelja deteta rođenog u nekoj drugoj bračnoj ili vanbračnoj zajednici. Za zakonodavstva koja u ovom pogledu ne prave razliku između partnera, bračnih ili vanbračnih, može se dati jedna šira definicija koja podrazumeva osobu koja živi u zajednici života sa roditeljem deteta i detetom (pastorkom) koje potiče iz ranije zajednice. Oni su za većinu te dece "pravi"roditelji, koji se zajedno sa biološkim roditeljem, živeći pod istim krovom, svakodnevno staraju o njima.

PRAVNI POLOŽAJ TAZBINSKIH SRODNIKA I INTERES DETETA

Odnos između maćehe i očuha prema pastorcima je ranije, tradicionalno, opisivan kao stresan i konfliktna, lišen topline, često i na jedan pežorativan način,

⁴ S. Cadolle, *Être parent, être beau-parent: la recomposition de la famille*. Paris, O. Jacob, 2000. 304 p. Navedeno prema: http://www.persee.fr/doc/pop_0032-4663_2001_num_56_3_7278. Pristup:12. jul 2016.

⁵ Za razliku npr. od francuskog jezika u kome se za ove tazbinske srodnike koristi zajednički naziv "beau-parent" što onda stvara deci psihološki problem u svakodnevnoj komunikaciji sa njima.

⁶ Službeni glasnik Republike Srbije, 18/2005.

po ugledu na bajku o Ivici i Marici. Zakonodavac je najčešće intervenisao sa ciljem zaštite, pre svega imovinskih prava pastoraka u odnosu na očuha i maćehu.

Danas se ovo pitanje položaja očuha i maćeha i njihovog odnosa sa pastorcima ne može razmatrati nezavisno od srodstva. Srodstvo je prvenstveno sociološka konstrukcija a bogatstvo i raznovrsnos jezičkih pojmova koji se koriste svedoči o njegovom kulturnom karakteru. Jedna od posledica savremene banalizacije razvoda je stvaranje tenzija između dve krajnosti. S jedne strane, imamo primat biološke istine, danas više nego u prošlosti, gde je pravi roditelj njegov genitor.⁷ Prihvatanje razvoda propasti umesto razvoda sankcije dovodi i do prihvatanja ideje nepromenljivosti srodstva. Bez obzira na nestabilnost bračne veze dete ima pravo da zadrži oba roditelja. Pitanje odnosa deteta sa roditeljima se posmatra odvojeno u odnosu na sudbinu braka. S druge strane, sve se više primat daje jednoj sociološkom definisanju srodstva prema kome je "pravi roditelj" onaj koji efektivno ispunjava roditeljsku ulogu, što je osnaženo nesigurnošću bračne veze. U mnogim slučajevima ovu roditeljsku ulogu ne ispunjava genetski roditelj već novi partner roditelja. Upravo ove, rekonponovane porodice, za razliku od adaptivnih obuhvataju oba ova modela srodstva.

Očuh i maćeha su sve prisutniji u porodičnom životu dece, iako nema precizne statistike o ovome.⁸ Činjenica da se danas u Srbiji razvodi svaki četvrti brak sugeriše, i bez pouzdanih statističkih podataka, da ima sve više rekonponovanih porodica, nastalih posle razvoda braka kao i zasnivanja novih zajednica u kojima deca žive sa roditeljem i njegovim supružnikom, održavajući i dalje veze sa roditeljem sa kojim ne živi.⁹

⁷ Vid. Z. Ponjavić, Očinstvo i biološka istina, Naša zakonitost, 1988/6, str. 747-757.

⁸ Prema nekim podacima datim za Francusku smatra se da 1.500.000 dece živi u 750.000 rekonponovanih porodica. Navedeno prema :<http://www.village-justice.com/articles/reconnaissance-droits-beaux-parents,15756.html>. Pristup: 17. avgust 2016.

⁹ Kod nas ne postoje statistički podaci o broju ovakvih porodica. O ovome se samo posredno može zaključiti na osnovu broja sklopljenih brakova. Prema statističkim podacima za Republiku Srbiju u 2015. godini bilo je ukupno 36949 sklopljenih brakova. Od toga je bilo 466 u kojima je jedan od partnera udovac (udovica), odnosno 4421 brak u kojima je bar jedan supružnik bio razveden. Vid. http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/repository/documents/00/02/16/17/SN50_169_srb-2015.pdf. Prema nekim podacima iz uporednog prava oko 10, 7 % porodica u Kvebeku (Kanada) sa decom mlađom od 18 godina bilo je rekonponovano. Više od polovine su bile porodice koje su činile majke sa detetom i njenim partnerom (očuhom deteta). U isto vreme u Francuskoj je bilo oko 7,7% ovih porodica. Navedeno prema: P. Claudine, S.-J. Marie-Christine, L. Marie-Hélène, D. Diane, "Pères et beaux-pères de familles recomposées : contextes de vulnérabilité, besoins et services offerts au Québec", Dialogue 3/2013 (n° 201), p. 69-82 URL: www.cairn.info/revue-dialogue-2013-3-page-69.htm. Pristup: 10. avgust 2016. U Belgiji je 1993. godine u 27,02% brakova je bio drugi brak jednom od supružnika, a 2002. godine taj procenat je povećan na 34,31%. Navedeno prema: J. Marquet et al, L evolution contemporaine de la parentalite, str.162.:<https://books.google>.

Iako su, dakle, ovi tazbinski srodnici vrlo prisutni u životu deteta, prisutniji nego što su to roditelji koji ne vrše roditeljsko pravo po razvodu, ipak njihov pravni položaj je i dalje vrlo nesiguran i neodređen.¹⁰ Oni su najčešće samo "treća lica" koja nemaju ni prava ni obaveze prema deci. Njihova uloga je složena, a nalazi se između ideala izabrane ljubavi i brige da ne uzurpira mesto biološkog roditelja. Tazbinski srodnik nema unapred obezbeđeno mesto. Svoj položaj mora da stiče vremenom, korak po korak, gradeći svoj odnos prema detetu koje treba da prihvati pridošlicu. Dete je upravo to koje treba da vzdigne očuha (maćehu) u čin roditelja.

UPOREDNO PRAVO

Rekomponovane porodice, proizašle iz raspada prethodnih porodica, dugo vremena su bile nevidljive u pravima većine evropskih država. Poslednjih godina, međutim, čine se naponi na poboljšanju položaja tazbinskih srodnika unutar rekonponovane porodice, tako da se već može reći da postaju stalna preokupacija nacionalnih zakonodavstava.¹¹ Ovo ne važi za neke države, kao što su Španija i Italija, koje i dalje nemaju pravila kojima se reguliše njihov položaj.

Usvojena pravila u većini nacionalnih zakonodavstava se uglavnom odnose na regulisanje samo nekih pitanja odnosa tazbinskih srodnika (očuha i maćeha) prema detetu (pastorcima) bez celovitog regulisanja položaja rekonponovane porodice. Takav je slučaj sa zakonodavstvima Nemačke, Švajcarske, Švedske, Danske i Francuske. Najšira prava im se obezbeđuju u zakonodavstvu Velike Britanije, gde mogu deliti roditeljsko pravo zajedno sa roditeljem deteta, kao i u Holandiji, u kojoj se govori o zajedničkom vršenju roditeljskog prava roditelja deteta i očuha ili maćeha.¹²

Dok se ranije intervencija države uglavnom svodila na zaštitu imovinskih interesa deteta u odnosu na tazbinske srodnike, danas ona ide u dva pravca: A)

rs/books?id=63OaGli2yi4C&printsec=frontcover&dq=L%27%C3%A9volution+contemporaine+de+la+parentalite&hl=sr&sa=X&ved=0ahUKEwj685Ot04bNAhWFaRQKHZQbCLYQ6AEIGjAA#v=onepage&q=L%27%C3%A9volution%20contemporaine%20de%20la%20parentalite&f=false. Pristup: 10. avgust 2016.

¹⁰ Prema francuskoj autorici, sociologu prava, I. Thery, hiljade očuha i maćeha u praksi, bez pravnog normiranja, vrše roditeljsko pravo prema pastorcima. Ovo stvara probleme u vezi njihovog školovanja ili primene medicinskih mera, zbog čega bi trebalo uz saglasnost bioloških roditelja ove odnose pravno normirati. Navedeno prema: M. Beague, *La place du beau-parent dans les familles recomposées*, <http://www.ufapec.be/files/files/analyses/2012/2512-beau-parent.pdf>. Pristup: 14. jul 2016.

¹¹ A. Thurillet-Bersolle, *Droits européens et droit de la famille : contribution à l'étude de la dynamique du rapprochement*, str. 469. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00697011>. Pristup: 14. jul 2016.

¹² M. Beague, op. cit.

prihvatanja uloge očuha i maćehe u vaspitanju i podizanju deteta (pastorka) i B) zaštititi ličnih odnosa ovih lica nakon okončanja braka.

A) Činjenica da dete i tazbinski srodnik svakodnevno dele zajednički život izaziva potrebu da se definiše uloga ovih srodnika u vaspitanju i podizanju dece. Iako je vaspitanje i podizanje deteta tradicionalno vezano za roditeljsko pravo, realnost rekonstruirane porodice uslovljava da većina evropskih država uspostavlja vezu između vršenja roditeljskog prava i socijalnog roditeljstva.¹³ Tazbinskim srodnicima (očuhu i maćehi) se priznaje određena uloga u vaspitanju deteta (pastorka) ali u različitom obimu i pod različitim uslovima. U pojedinim slučajevima ovo njihovo učešće mora biti stvar sudske odluke, dok se u drugim to dešava automatski ili na osnovu saglasnosti volja.¹⁴

Tako se u francuskom pravu, bez obzira što se u 376. st. 1 Građanskog zakonika govori o nedeljivosti roditeljskog prava, predviđaju više odstupanja od ovog pravila čija je realizacija dozvoljena odlukom suda. Naime, u nekim slučajevima je dozvoljeno roditeljima ili samo jednom od njih da po odluci suda prenesu neka ovlašćenja iz roditeljskog prava na treća "lica od poverenja" onda kada to okolnosti nalažu. Prema čl. 377. st. 2. ovog zakonika sud za porodične sporove može doneti odluku o deobi roditeljskog prava između jednog ili oba roditelja i trećeg lica onda kada to iziskuju potrebe vaspitanja i obrazovanja deteta. U ovim slučajevima se očuh ili maćeha tretiraju kao treće lice, budući da se ni u jednoj zakonskoj odredbi Građanskog zakonika ne pominju izričito. Na ovaj način tazbinski srodnici učestvuju u vaspitanju i obrazovanju dece, roditeljima se, pri tome, ne oduzimaju ovlašćenja iz roditeljskog prava. Ovo prenošenje se može ticati kako svakodnevnih tako i bitnih pitanja iz sadržine roditeljskog prava, stim što se kod prvih saglasnost roditelja pretpostavlja dok je za druge potrebna njihova izričita saglasnost.

U pravima Nemačke, Danske i Holandije se priznaje uloga tazbinskih srodnika u vaspitanju i obrazovanju dece, ali samo u situacijama kada jedan roditelj vrši roditeljsko pravo. U Nemačkom pravu ovakva uloga se automatski, bez odluke suda, priznaje ne samo bračnom partneru roditelja deteta već i vanbračnom, kao i licima istog pola iz registrovanih partnerstava.¹⁵ Ova lica zajedno sa roditeljem deteta odlučuju o nekim svakodnevnim pitanjima iz sadržine roditeljskog prava. Slično rešenje je predviđeno i u pravu Danske gde je omogućeno zajedničko vršenje roditeljskog prava između roditelja koji samostalno vrši roditeljsko

¹³ D. Fenouillet, *La parentalité en question: la parenté éprouvée*, Navedeno prema: A. Thurillet-Bersolle, op. cit.

¹⁴ Isto, str. 471.

¹⁵ Zakon je stupio na snagu 1. avgusta 2001. god.

pravo i njegovog bračnog ili vanbračnog partnera. Sporazum između njih u ovom pogledu mora biti odobren od strane lokalne administracije. Slično rešenje, ali po odluci suda, predviđa i pravo Holandije.¹⁶

U Engleskoj i Irskoj očuhu i maćehi može pravnim putem biti priznata uloga u podizanju svoga pastorka. Children Act iz 1989 predviđa da se očuh i maćeha, kao treća lica, mogu obratiti nadležnom sudu da im svojom odlukom prizna boravište kod deteta i njegovog roditelja čime se automatski omogućava i vršenje roditeljskog prava bez lišavanja roditelja njihovih ovlašćenja.¹⁷

Generalno, može se reći da je u većini evropskih država usvojeno pravilo po kome očuh ili maćeha, automatski, bez intervencije suda imaju pravo preduzimati uobičajene, svakodnevne akte iz sadržine roditeljskog prava. U tim slučajevima se uspostavlja pretpostavka saglasnosti roditelja deteta ako zajednički vrše roditeljsko pravo, ili samo onog koji samostalno vrši roditeljsko pravo, u odnosu na savezna treća lica. Ovim se ne dovode u pitanje prava roditelja koji ne živi sa detetom da odlučuje o bitnim pitanjima iz sadržine roditeljskog prava, ali ne i o svakodnevnim. Prava roditelja koji živi sa detetom takođe se ne dovode u pitanje budući da, teorijski, ima pravo da osporava preduzeti svakodnevni akt svoga supruga, očuha, odnosno maćeha deteta. Ipak će ovo biti retko, kao što je uostalom retko i u pravnoj porodici.

B) Održavanje ličnih odnosa između tazbinskih srodnika i deteta posle prestanka zajednice sa roditeljem deteta može biti više ili manje važno za dete zavisno od okolnosti nastanaka rekonponovane porodice. Ovi odnosi su svakako snažniji ako je ova porodica nastala posle smrti roditelja deteta, odnosno, slabiji kada ova porodica nastaje nakon razvoda braka. U ovom drugom slučaju očuh ili maćeha igraju samo jednu dodatnu ulogu budući da roditelj koji ne živi sa detetom i dalje, po pravilu, vrši roditeljsku ulogu.

U Belgiji je Zakonom br.2013/404 od 17. maja 2013. godine izmenjen čl. 371. st. 4. Građanskog zakonika čime je, pored ostalog, omogućeno da sud, ako je to u interesu deteta može urediti pitanje načina održavanja ličnih odnosa deteta i trećih lica, naročito kada je to treće lice imalo sa detetom i njegovim roditeljem stabilan odnos u dužem vremenskom periodu učestvujući u njegovom podizanju i izdržavanju.¹⁸ Prema tome, sud koji odlučuje o ovom zahtevu tazbinskih srodnika mora utvrditi intezitet odnosa podnosioca zahteva i deteta, kao i da li je to u njegovom interesu.

¹⁶ A. Thurillet-Bersolle, op.cit, str. 474.

¹⁷ Ibid, str. 475.

¹⁸ Navedeno prema: <http://www.village-justice.com/articles/reconnaissance-droits-beaux-parents,15756.html>.

Slična odredba kojom se štite lični odnosi deteta i tazbinskih srodnika predviđena je i u francuskom pravu.¹⁹ Na osnovu nje sud može, ceneći najbolji interes deteta, urediti način održavanja ličnih odnosa deteta i trećih lica pod uslovom da je sa njim i svojim roditeljem živio u zajednici života, da je tazbinski srodnik učestvovao u njegovom izdržavanju i imao sa njim stabilne lične odnose. Prema nemačkom zakonu koji reguliše prava deteta²⁰ priznaje se pravo bivšem tazbinskom srodniku da posećuje dete ako je pre toga proveo određeno vreme sa njim pod uslovom da je to u najboljem interesu i dobrobiti deteta.²¹

Evolucija statusa rekonponovane porodice uočljiva je i na nadnacionalnom planu, pa tako u praksi Sud za ljudska prava u Strazburu prihvata jednu široku koncepciju pojma porodični život iz čl.8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, kombinujući kriterijum efektivnosti veze sa njenim spoljnim izgledom, i u slučajevima kada ne postoji srodstvo. Tako je u slučaju X., Y. et Z. contre Royaume-Uni priznato pravo na zaštitu porodičnog života i lici- ma koja su sa decom imala samo faktičke odnose, bez obzira što sa njima nisu u srodstvu.²² Ova zaštita se može primeniti i na faktičke odnose koji se uspostavlja- ju unutar rekonponovane porodice između deteta rođenog u ranijem braku i nje- govog očuha ili maćehe. Oni žive sa roditeljem deteta i ponašaju se kao roditelji u svakodnevnom životu. Postojanje porodičnog života unutar rekonponovane po- rodice podrazumeva obavezu evropskih zemalja da preduzmu mere sa ciljem ne samo da olakšaju svakodnevni život ovoj porodici već i da očuvaju veze izatka- ne u njoj. Prema tome, čl. 8 u kombinaciji sa čl. 12. Konvencije ovo podrazume- va zaštitu intime i celovitosti porodičnog života, kao i ličnih odnosa od mešanja države. U ovom pogledu, videli smo, neka zakonodavstva ne prave razliku izme- đu supružnika i vanbračnih partnera, prihvatajući jedan širok pojam tazbinskog srodstva, koji uključuje lica koja dele zajednicu života sa roditeljima deteta kome je ono povereno nakon prestanka prethodne zajednice.

PRAVNO REGULISANJE U REPUBLICI SRBIJI

Porodični zakon Republike Srbije na više mesta izričito govori o tazbinskim srodnicima, dok se u nekim slučajevima oni mogu prepoznati pod pojmom "tre-

¹⁹ Član 371-4 Gradanskog zakonika.

²⁰ Paragraf 1685, al. 2 BGB koji je izmenjen zakonom iz 1997 i 1998, koji je stupio na snagu 1 jula 1998.

²¹ F. Granet, La législation allemande relative aux soins parentaux, <http://cdpf.unistra.fr/tra-vaux/personnes-famille-bioethique/droit-compare/droit-de-la-famille/autorite-parentale/allema-gne/la-legislation-allemande-relative-aux-soins-parentaux-par-f-granet/>.

²² CEDH, Odluka od 22 aprila 1997, X., Y. et Z. contre Royaume-Uni, predstava br. 21830/93.

ćih” lica, srodnika, naročito kada je u pitanju njihov odnos sa detetom bračnog ili vanbračnog partnera. Pored Porodičnog zakona i neki drugi regulišu položaj tazbinskih srodnika. Tako to čini Zakon o zdravstvenom osiguranju (čl.24.st.4.t.2),²³ kada nabraja članove šire porodice osiguranika, ili Zakonik o krivičnom postupku²⁴ u čl.37 kada govori o slučajevima izuzeća sudije od sudijske dužnosti u određenom predmetu .

Porodični zakon je konkretizovao najbolji interes deteta u brojnim odredbama, pa i onim koje se indirektno mogu ticati položaja deteta u drugoj rekonponovanoj porodici. Posebnu pažnju PZ poklanja tazbinskom srodstvu i ulozi tazbinskih srodnika, kako u periodu trajanja zajednice života sa pastorcima (A), tako i nakon njenog prestanka (B). Na prvom mestu, postojanje tazbinskog srodstva isključuje mogućnost zaključenja braka između tazbinskih srodnika (a), ali omogućava njihovo učešće u podizanju deteta (b) i njegovom izdržavanju (v).

Uloga tazbinskih srodnika za vreme trajanja zajednice života

a) U bračnom pravu tazbinsko srodstvo je bračna smetnja. Pod ovom vrstom srodstva, u pravu RS, podrazumeva se odnos koji nastaje isključivo zaključenjem braka i postoji samo između jednog supružnika i krvnih srodnika drugog supružnika. Iako je vanbračna zajednica u pogledu pravnih dejstava izjednačena u Porodičnom zakonu sa bračnom ona ne stvara tazbinsko srodstvo.

Taksativno su nabrojani tazbinski srodnici između kojih nije dozvoljen brak (čl. 21, st. 1 PZS). Tazbinsko srodstvo je bračna smetnja samo u prvom stepenu, prave linije. Prema tome, brak ne mogu sklopiti: svekar i snaha, zet i tašta, očuh i pastorka, maćeha i pastorak, bez obzira na to da li je brak usled čijeg zaključenja su oni došli u ove odnose prestao.

Pored ostalog, ova smetnja je otklonjiva.²⁵ Predviđeno je da sud u vanparničnom postupku može “iz opravdanih razloga dozvoliti sklapanje braka” pomenutih srodnika po tazbini. Nisu bliže navedeni ti opravdani razlozi već je ostavljeno sudu da ih ceni u svakom konkretnom slučaju. Može se dati i naknadno odobrenje za sklapanje braka ovih srodnika. To će učiniti parnični sud kome je podnet zahtev za poništenje ovakvog braka, ako utvrdi postojanje opravdanih razloga za opstanak braka.

²³ Sl. glasnik RS, br. 107/2005, 109/2005 - ispr., 57/2011, 110/2012 - odluka US, 119/2012, 99/2014, 123/2014, 126/2014 - odluka US, 106/2015 i 10/2016.

²⁴ Sl.glasnik RS, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 i 55/2014).

²⁵ Vid. čl. 21. st. 2 Porodičnog zakona Srbije.

b) Prema Porodičnom zakonu roditelji deteta posle razvoda ili poništenja braka mogu vršiti roditeljsko pravo u odnosu na zajedničku maloletnu decu zajednički ili samostalno (čl. 75 i 77). Zajedničko vršenje roditeljskog prava se ne pretpostavlja. Moguće je samo ako se roditelji tako dogovore i ako sud nađe da je takav način vršenja roditeljskog prava u najboljem interesu deteta. (čl. 75. st. 2). Jedini obavezni sastojak sporazuma o zajedničkom vršenju roditeljskog prava je dogovor o prebivalištu deteta. U kontekstu teme ovog rada osnovno pitanje koje se postavlja je u kojoj meri je zajedničko vršenje roditeljskog prava u najboljem interesu deteta kada je jedan od roditelja zasnovao drugu, rekonponovanu porodicu. Ova činjenica ne bi trebala biti sama po sebi smetnja da roditelji i dalje vrše roditeljsko pravo, zajednički i sporazumno. Ako je prebivalište deteta kod roditelja koji je zasnovao novu zajednicu tada njegov novi partner (očuh ili maćeha) učestvuje u svakodnevnom podizanju deteta, zajedno sa njim. Takođe, može učestvovati i u njegovom izdržavanju.

Kada je u pitanju samostalno vršenje roditeljskog prava pitanje položaja tazbinskih srodnika se postavlja na drugačiji način u odnosu na prethodni slučaj, s obzirom na to da Porodični zakon ne reguliše ulogu tazbinskih srodnika (očuha ili maćeha). Uopšteno, čini se, da zakonodavac zazire od uvođenja trećih lica u roditeljski odnos, onda kada ni jedan od njih nije lišen roditeljskog prava.²⁶ Ovakvo stanje, međutim, ne odgovara faktičkoj situaciji postojanja životne zajednice između roditelja deteta i tazbinskog srodnika. U ovom slučaju očuh ili maćeha su prisutniji u životu deteta od roditelja koji ne živi sa njim. Sa druge strane, roditelj kome dete nije povereno odlukom suda ima pravo na lične odnose sa detetom, da odlučuje o bitnim pitanjima zajedno sa drugim roditeljem, ali nije u prilici da procenjuje šta je u svakodnevnom situacijama najbolje za dete. Jednom rečju, njegova ovlašćenja gube svrhu ako ih ne može koristiti u trenutcima kada je to potrebno. Naravno, isključena je svaka mogućnost da tazbinski srodnik zastupa dete u situacijama kada zakon izričito predviđa izričitu saglasnost oba roditelja.²⁷

Uloga očuha i maćeha u porodičnom životu se s toga zasniva na nužnosti da se na što bolji način odvija porodični život, u interesu deteta. Očuh i maćeha faktički vrše svakodnevne (uobičajene) akte iz sadržine roditeljskog prava,

²⁶ Osim odredbe čl. 69. st. 4 "Roditelji mogu privremeno poveriti dete drugom licu samo ako to lice ispunjava uslove za staratelja".

²⁷ Interesantno je da čl. 299. Švajcarskog Građanskog zakonika predviđa da je tazbinski srodnik (maćeha ili očuh) "pomažu svom supružniku na odgovarajući način u vršenju roditeljskog prava u pogledu njegove dece i zastupaju ga kada to okolnosti slučaja zahtevaju". U ovom slučaju radi se o zastupanju supružnika, a ne deteta. Izuzetno, kada je roditelj deteta bolestan, nesposoban da preduzme neku radnju u hitnim slučajevima, tazbinski srodnik može zastupati i dete. Vid. P. Pichonnaz, op. cit., str. 165.

prema pastorcima. Porodični zakon ne daje odgovor na pitanje koji se akti mogu smatrati svakodnevnim. O ovome se samo posredno može zaključiti tumačenjem odredbe kojom se reguliše položaj roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo, a prema kojoj, ovaj roditelj ima pravo da o “pitanjima koja bitno utiču na život deteta odlučuje zajednički i sporazumno sa roditeljem koji vrši roditeljsko pravo.”²⁸ Stoga bi se kao svakodnevna (uobičajena) mogla smatrati sva druga, osim ovih pitanja, svakodnevna ili uobičajena bez obzira na način vršenja roditeljskog prava.²⁹

U pravnoj teoriji se, ipak, može naići i na pozitivno određenje ovog pojma. Tako, prema jednom shvatanju, izraz “pitanja koja se odnose na svakodnevni život” podrazumeva česte životne situacije koje zahtevaju odluku roditelja, ali čije se posledice na razvoj deteta mogu izmeniti bez značajnijih poteškoća. Nasuprot tome, bilo kakva odluka koja se tiče pitanja od uticaja na razvoj deteta, čije se posledice ne mogu izmeniti, ili se teško mogu modifikovati jesu “pitanja od naročitog značaja za dete”.³⁰

Svakodnevne poslove u slučaju samostalnog vršenja roditeljskog prava vrši autonomno roditelj kome je dete povereno. Ove poslove i pravne radnje bi mogao vršiti i njegov supružnik, očuh ili maćeha deteta, budući da postoji pretpostavka da se sa tim saglašava roditelj koji vrši roditeljsko pravo. Tazbinski srodnik bi ove akte mogao preduzimati i bez prethodnog odobrenja roditelja što treba da olakša svakodnevni porodični život.

(v) Obaveza izdržavanja postoji između tazbinskih srodnika. Prema PZ ona se može zasnovati samo između očuha i maćeha sa jedne strane i pastorka i pastorka sa druge strane. Između ostalih tazbinskih srodnika u prvom stepenu tazbinskog srodstva, zeta i tašte i snahe i svestra, ne postoji obaveza izdržavanja.

Samo maloletni pastorka ili pastorka ima pravo na izdržavanje od strane očuha ili maćeha (159. st. 1). Obaveza očuha ili maćeha je supsidijarna u odnosu na obavezu krvnih i adoptivnih srodnika. Ona postoji tek ako pastorki nemaju krvne odnosno adoptivne srodnike koji su na osnovu zakona dužni da daju izdržavanje ili oni nemaju mogućnosti to da čine.

Obaveza očuha ili maćeha da izdržavaju pastorka načelno postoji samo dok traje brak sa roditeljem deteta i dok dete ne postane punoletno. Naime, u nekim slučajevima obaveza izdržavanja prema pastorku postoji i posle prestanka braka sa

²⁸ Član 78. st. 3. Porodičnog zakona.

²⁹ Zoran Ponjavić, Pravni značaj razlikovanja svakodnevnih i bitnih pitanja iz sadržine roditeljskog prava, Zbornik radova: Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru, knjiga četvrta, Niš, 2014, str. 13-29.

³⁰ N. Dethloff, Parental Rights and Responsibilities in Germany, Family Law Quarterly 2/2005, str. 319.

roditeljem. To će biti slučaj kada je brak prestao smrću roditelja deteta pod uslovom da je sve do smrti roditelja deteta postojala zajednica života između roditelja pastorka i očuha (maćehe).³¹ Ako je brak roditelja deteta i maćehe odnosno očuha prestao razvodom ili poništenjem, maloletni pastorak neće imati pravo na izdržavanje.

Samo punoletni pastorci su dužni da izdržavaju očuha odnosno maćehu, srazmerno svojim mogućnostima. Na strani očuha odnosno maćehe traži se ispunjenje opštih uslova za izdržavanje. Odnosno, da nemaju sredstava za izdržavanje i da su nesposobni za rad.

Pored opštih, traži se ispunjenje i dva posebna uslova za konstituisanje ovog prava u korist očuha odnosno maćehe. (1) Pastorci su dužni da izdržavaju očuha odnosno maćehu samo ako oni nemaju krvne srodnike koji su po zakonu dužni da ih izdržavaju. Prema tome, i obaveza pastoraka je supsidijarna u odnosu na krvne srodnike očuha i maćehe.³² (2) Očuh ili maćeha nemaju pravo na izdržavanje ako bi prihvatanje njihovog zahteva za izdržavanje predstavljalo očiglednu nepravdu za pastorka. Tako je ovom širokom formulacijom obuhvaćen je i uslov reciprociteta, budući da ne bi bilo pravedno da pastorak izdržava očuha ako se ovaj nije ranije starao o njemu.

Uloga tazbinskih srodnika posle prestanka zajednice života

Porodični zakon ne reguliše izričito pitanje održavanja ličnih odnosa između tazbinskih srodnika i dece (pastoraka) nakon prestanka braka sa njihovim roditeljem. Međutim, ovi odnosi bi mogli biti uspostavljeni sa pozivom na čl. 61.st.5 koji govori o pravu deteta na održavanje ličnih odnosa sa srodnicima i licima s kojima ga vezuje posebna bliskost. Ovo će se dozvoliti pod uslovom da je održavanje ovih odnosa u najboljem interesu deteta. Odlučujuće za procenu ovog standarda je kvalitet ličnih odnosa koji je razvijen između njih. Pri ovome, svakako će se uzeti u obzir i mišljenje deteta ako je u stanju da ga formira. Ovaj odnos bi mogao u nekim slučajevima biti prioritetan u odnosu na prirodnog roditelja. Pre svega u onim slučajevima kada je tazbinski srodnik psihološki i socijalno preuzeo mestu prirodnog roditelja koji je detetu postao stranac.³³

³¹ Član 159. Porodičnog zakona.

³² Prema Porodičnom zakonu Crne Gore (čl.259), ova obaveza pastoraka je zajednička (a ne supsidijarna) sa krvnim srodnicima i zasniva se na reciprocitetu.

³³ U ovom smislu je doneo jednu odluku Švajcarski federalni sud, lišavajući istovremeno biološkog roditelja prava na održavanje ličnih odnosa (ATF 118 II 21 consid. 3 = JdT 1995 1548). Navedeno prema: Pascal Pichonnaz, op. cit., str. 170.

Porodični zakon ne govori o pravu tazbinskih srodnika na lične odnose posle prestanka braka ali bi ih oni ipak mogli ostvariti sa pozivom na pravo na poštovanje porodičnog života iz čl.2, odnosno čl. 8 Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.³⁴ Prilikom odlučivanja sud bi najpre morao da proceni da li se ti konkretni odnosi mogu podvesti pod pojam porodičnog života, a nakon toga da izvede zaključak kako interesi drugih lica, pre svih roditelja i dece ne pružaju opravdanje za mešanje u porodični život ovih srodnika.³⁵ Ovo pravo se može tazbinskim srodnicima tim pre priznati budući da se u praksi Suda za ljudska prava ono priznaje i licima koja nisu srodnici. Tako se hraniteljima deteta u slučaju da su trajno razvili blisku emotivnu vezu sa detetom, može priznati pravo na održavanje ličnih odnosa sa detetom po osnovu čl.8. Konvencije.³⁶

MOGUĆNOST TRANSFORMACIJE SOCIOLOŠKOG U PRAVNO RODITELJSTVO

Moglo bi se uopšteno zaključiti da se učešće tazbinskih srodnika, očuha i maćeha, u najvećem broju slučajeva odvija izvan pravnih okvira. Moguće je, ipak, to faktičko učešće ozvaničiti. Odnos između tazbinskog srodnika i deteta se može obezbediti putem "legalizacije". Naime, očuh, odnosno maćeha deteta koji sa njim žive dugi niz godina mogu poželeti da postojeći tazbinski odnos zamene čvršćom vezom. Pravna norma u ovom slučaju može poslužiti kao instrument za transformaciju jedne afektivne, sociološke, veze u roditeljski odnos. To se može postići uspostavljanjem čvršćeg srodničkog odnosa između deteta i trećeg lica, tazbinskog srodnika, putem (a) lažnog priznanja očinstva, potencijalno lomljivog i (b) putem adopcije.

(a) Moguće je da tazbinski srodnik (očuh) postane roditelj ako lažno prizna očinstvo, pod uslovom da ono nije već utvrđeno. U zemljama romanskog pravnog sistema izjava o priznanju očinstva je u potpunosti voljni akt čiji je cilj uspostavljanje roditeljskog odnosa. Muškarac koji daje izjavu o priznanju je slobodan da to učini ili ne učini. On može priznanjem postati otac iako dete nije začeo. Naravno, ako do toga dođe, ako dâ lažnu izjavu o priznanju očinstva, za to neće odgo-

³⁴ U našoj sudskoj praksi do sada nije, koliko nam je poznato, razmatrano ovo pitanje. Međutim, smatramo da bi se u ovom slučaju moglo primeniti analogno praksa koja se odnosi na druge srodnike, dede i babe. Njima je ovo pravo priznavano u kontekstu prava na porodični život. Vid. Presuda Vrhovnog kasacionog suda, Rev. 2401/10 od 28. aprila 2010. godine, Pravna praksa 11/2011, 42.

³⁵ Vid. V. Vlašković, Načelo najboljeg interesa deteta u porodičnom pravu, doktorska disertacija (neobjavljeno), Kragujevac, 2014, 351.

³⁶ Vid. slučaj *Copf and Liberda v. Austria* od 17. januara 2012. godine, predstavka 1598/06.

varati. U državama koje prihvataju ovakav sistem priznanje delimično zamenjuje potrebu za usvojenjem. Ali za razliku od usvojenja, roditeljski odnos zasnovan na ovaj način može biti osporen.³⁷

I u pravu Srbije nema naročitih teškoća da jedan muškarac putem priznanja postane otac deteta, iako biološki to nije. Priznanje deluje retroaktivno i sa njime se mora saglasiti majka deteta i dete starije od 16 godina, sposobno za rasuđivanje. Dete svoje pravo na saznanje porekla u ovom slučaju može zaštititi putem tužbe za osporavanje očinstva, ako se nije saglasilo sa priznanjem ili tužbom za poništenje očinstva.³⁸

(b) PZ Srbije poznaje samo potpuno usvojenje. Njime se stvara roditeljski odnos koji u celini zamenjuje prirodni. Adopcija takođe može biti način za uspostavljanje roditeljstva tazbinskih srodnika. U Porodičnom zakonu su predviđena neka pravila koja idu u prilog ovom načinu, odnosno olakšavaju usvojenje kada se kao usvojitelji javljaju bračni (ali i vanbračni) partneri roditelja deteta.³⁹ U pitanju su izuzetci u odnosu na opšta pravila kojima se regulišu uslovi za usvojenje na strani usvojitelja. Pored ovoga, faktičke okolnosti življenja u kojima se nalaze tazbinski srodnici i pastorki već same po sebi predstavljaju prednost za zasnivanje usvojenja.

Pravilo je da se kao usvojitelji pojavljuju supružnici ili vanbračni partneri zajedno. Kao usvojitelj se može pojaviti i samo jedno lice, ako je supružnik ili vanbračni partner roditelja deteta (čl. 101. st. 2). U ovom slučaju izbor budućih usvojitelja ne vrši organ starateljstva već roditelj deteta.⁴⁰ Pored ovoga, kada se kao usvojitelj pojavljuje supružnik roditelja (očuh ili maćeha) utvrđivanje posebne podobnosti usvojenika i usvojitelja (postupak prilagođavanja) je faktički bezpotreban, iako je prema Porodičnom zakonu obavezan, imajući u vidu da se dete već nalazi u zajednici sa budućim usvojiteljem,

Prema PZ Republike Srbije usvojenje je moguće i ako je uspostavljen roditeljski odnos prema oba roditelja, a samo jedan od njih vrši roditeljsko pravo dok je drugi lišen tog prava ili poslovne sposobnosti. Neke evropske zemlje zbog neopozivosti i neraskidivosti potpunog usvojenja predviđaju da je ono moguće samo ako nije uspostavljen roditeljski odnos prema drugom biološkom roditelju

³⁷ Vid. Z. Ponjavić, Priznanje očinstva. U: S. Bejatović, (ur.). Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Saveta Evrope. Knj. 5. Kragujevac: Pravni fakultet, Institut za pravne i društvene nauke, 2010, 2010, str. 251-272.

³⁸ Vid. čl. 252 i 253. Porodičnog zakona.

³⁹ Prema čl.346. Francuskog Građanskog zakonika to mogu biti samo bračni partneri roditelja deteta.

⁴⁰ Porodični zakon, čl. 317. st. 2.

ili kada je drugi roditelj umro.⁴¹ Izuzetno, ono se dopušta u situaciji kada je drugi roditelj potpuno lišen roditeljskog prava, što se slučaj i sa pravom Republike Srbije.⁴² Ovo se može sa pravom kritikovati imajući u vidu činjenicu da je lišenje privremena mera i da se roditeljsko pravo može vratiti. Zato se u pravu Belgije zahteva da u odluci o lišenju bude izričito navedeno da li roditelj gubi pravo saglasnosti sa usvojenjem deteta.⁴³ Čini se, pak, da Sud u Strazburu sledi jednu suprotnu tendenciju, dajući prednost faktičkim odnosima u odnosu na pravnu situaciju. Naime, u slučaju *Soderback c. Suede*⁴⁴ dozvolio je usvojenje deteta u korist vanbračnog partnera majke iako biološki roditelj deteta nije bio lišen roditeljskog prava. Otac je imao vrlo malo kontakata sa detetom od njegovog rođenja, dok je vanbračni partner živio u zajednici deteta i njegovom majkom više godina.

ZAKLJUČAK

Teško je generalno reći da je u interesu deteta da se rekonponovanoj porodici, odnosno tazbinskim srođnicima dâ poseban pravni status. U svakom slučaju interes deteta se mora procenjivati in concreto, što bi morala biti uloga suda. Iz ovoga sleduje dve posledice. Prvo, da interes deteta ne može poslužiti kao opravdanje za priznanje ovog posebnog pravnog statusa već u najboljem slučaju može biti uslov ili ograničenje za njegovo priznanje. I drugo, da je procena interesa deteta in abstracto u suprotnosti sa njegovim najboljim interesom

Uloga koju tazbinski srođnici, očuh i maćeha, igraju u životu deteta iziskuje da se na nov način uspostavi ravnoteža između biološke istine i sociološke realnosti. Porodični zakon Republike Srbije u ovom smislu nije uspostavio balans između ova dva aspekta porodičnog života deteta. Ako sudsku zaštitu uživaju de facto porodični odnosi lica koja nisu srođnici sa detetom, tim pre se ovo mora priznati tazbinskim srođnicima.

Takođe, u pravu Srbije tazbinskim srođnicima je u rekonponovanoj porodici priznat u određenoj meri pravni status samo ako se ona zasniva na braku. Ovo se, polazeći od opšte zakonske norme kojom se izjednačavaju ove dve zajednice, može smatrati diskriminacijom.

⁴¹ Nemačka (§ 1741/2 BGB), Velika Britanija (Adoption and Children Act 2002, Adoption and Children (Scotland) Act 2007, s. 30 (3).), Belgija (Art. 345 C. civ. belge.). Navedeno prema: S. Perrin, op. cit., str. 281-2.

⁴² Član Porodičnog zakona.

⁴³ A. Thurillet-Bersolle, op. cit., str. 281.

⁴⁴ *Söderbäck c. Suède* (113/1997/897/1109), odluka od 28. oktobra 1998.

Na kraju, može se konstatovati da se u pravu Republike Srbije regulišu pretežno imovinski odnosi između tazbinskih srodnika i deteta u rekonponovanoj porodici, ređe se to čini kada su u pitanju lični odnosi, uz izuzetak koji se odnosi na usvojenje.

ZORAN PONJAVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law in Kragujevac

LEGAL POSITION OF STEPFAMILY IN A BLENDED FAMILY

Summary

There are few articles written on the issue of a blended family in Serbian legal theory. Therefore, the author of this paper, at its very beginning, brings up some dilemma related to terminology (reshaped, blended, stepfamily).

In practice, these families appear after divorce and consist of a couple who, at least one of them was married before and was awarded a custody of the children from that marriage.

The author states that the issue of the legal position of the stepparents (stepfather or stepmother) has not been adequately regulated although they have been playing increasingly important role in stepchildren's lives. That is, this issue has been mostly regulated from the point of view of property rights, and not from the aspect of individual rights. In this paper the author discusses the basic question: whether is it in the best interest of the children in a blended family (as well as of their stepparents given the fact of the important role they play in these children's lives) to secure their legal status. The author then presents the solutions found in the legislations of a number of European countries, as well as of the Republic of Serbia, suggesting possible solutions of these issues. Here the author underlines that there is no a uniform solution but the interest of the child should be assessed in each individual case *in concreto*. Also, this interest should not serve as the basis for justifying the recognition of this special status, but rather as the condition or restriction for its awarding. The assessment of the child's interest *in abstracto* is always contrary to its best interest.

GORDANA KOVAČEK-STANIĆ,
SANDRA SAMARDŽIĆ

SUBJEKTI ARTIFICIJELNIH REPRODUKTIVNIH TEHNOLOGIJA I NJIHOVA PRAVA U PRIMENI OVIH POSTUPAKA

– Preimplantaciona genetska dijagnostika –

U V O D

Danas, kada se veliki broj razvijenih zemalja (ali i zemalja u razvoju) susreće sa problemom niskog prirodnog priraštaja, pojavila se potreba za drugačijom formulacijom i merama populacione politike od onih koje su bile neophodne 50-ih i 60-ih godina prošlog veka. S druge strane, neophodno je preduzeti odgovarajuće korake (pre svega na zakonodavnom planu) kako bi se pojedincima u što širem obimu omogućilo da odlučuju o rađanju, odnosno pružiti im dovoljno mogućnosti kako bi zadovoljili svoju želju za potomstvom.

U ovom radu se analiziraju dva savremena pitanja vezana za pristup artificalnim reproduktivnim tehnologijama, jedno se odnosi na to ko mogu biti subjekti prava, a drugo se odnosi na nove postupke. Svedoci smo neverovatno ubrzanog razvoja ove oblasti, koja svakodnevno otvara sve više mogućnosti za začecje, u slučajevima kada do njega ne može doći prirodnim putem. Pored toga, razvitak genetike kao discipline koja proučava nasleđivanje i varijacije kod živih organiza-

Dr Gordana Kovaček-Stanić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Sandra Samardžić, asistent Pravnoog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu. Rad je posvećen projektu br. 179079 "Biomedicina, zaštita životne sredine i pravo", koji finansira Ministarstvo prosvete i nauke Republike Srbije.

ma, doveo je i do pojave tzv. preimplantacione dijagnostike kao tehnike kojom se mogu utvrditi različiti hromozomski i genetski poremećaji.

Subjekti artificijelnih reproduktivnih tehnologija

Pravo na pristup postupcima artificijelnih reproduktivnih tehnologija (ART) regulisano je u Srbiji Zakonom o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja Srbije iz 2009. godine.¹ Zakon određuje da pravo na lečenje neplodnosti biomedicinski potpomognutim oplođenjem imaju punoletna i poslovno sposobna žena i muškarac koji vode zajednički život, supružnici i vanbračni partneri. Kada se radi o supružnicima, njihov bračni status utvrđuje se vrlo jednostavno, uvidom u izvod iz matičnih knjiga venčanih. Međutim, da bi se odgovorilo na pitanje koja se lica u domaćem pravu mogu kvalifikovati kao vanbračni partneri potrebno je da se konsultuje Porodični zakon Srbije iz 2005. godine.² Ovaj Zakon definiše vanbračnu zajednicu kao trajniju zajednicu života žene i muškarca, između kojih nema bračnih smetnji (vanbračni partneri). Vanbračna zajednica nastaje faktičkim putem, uspostavljanjem zajednice života. Smetnje su iste one koje onemogućavaju zaključenje punovažnog braka (bračnost, nesposobnost za rasuđivanje, srodstvo – krvno, adoptivno i tazbinsko, starateljstvo, maloletstvo i nedostaci volje). Izuzetno je važno da se pre započinjanja postupka biomedicinski potpomognutog oplođenja proveriti da li vanbračna zajednica ispunjava uslove, a naročito da li postoje bračne smetnje. Smetnja koja se može pojaviti u praksi je bračnost. U slučaju da je jedan partner u braku, vanbračna zajednica ne proizvodi dejstvo, pa ne postoji ni pravo na biomedicinski potpomognuto oplođenje sa vanbračnim partnerom.³

Uporednopravno posmatrano, savremena prava proširuju mogućnost postupaka i na vanbračne partnere, uz posebne kvalifikatorne uslove koje treba da ispunjava vanbračna zajednica (npr. u Švedskoj da se radi o zajednici sličnoj bra-

¹ Zakon o lečenju neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplođenja, *Službeni glasnik Srbije* 72/2009. Zakon je stupio na snagu 8 dana od dana objavljivanja, a primenjuje se od 1. I 2010. godine, u daljem tekstu ZBMPO. U ovom momentu u postuku je sačinjavanje novog zakona iz ove oblasti. Više o zakonu, predviđenim postupcima i subjektima vidi u Gordana Kovaček-Stanić, Porodičnopravni aspekt biomedicinski potpomognutog oplođenja u pravu Srbije i evropskim pravima, *Zbornik matice srpske za društvene nauke*, sveska 131, 2010, str. 415-430.

² Porodični zakon iz 2005. godine *Službeni glasnik Republike Srbije* 18/05. Zakon je donet 17. februara 2005, objavljen je 24. februara 2005, stupio je na snagu osmog dana od dana objavljivanja, a primenjuje se od 1. jula 2005. godine.

³ Gordana Kovaček-Stanić, Vanbračni partneri kao subjekti artificijelnih reproduktivnih tehnologija, *Zbornik sažetaka sa naučnog skupa "Biomedicina i pravo"*, 2016, str. 13.

ku, u Francuskoj treba da traje najmanje dve godine), vanbračni partneri imaju pravo na postupke i u, na primer, Velikoj Britaniji, te Austriji.

Osim osnovnog uslova da se radi o licima koja su u braku ili vanbračnoj zajednici, predviđeni su i drugi uslovi koji se mogu definisati kao kriterijumi podobnosti. Tako ZBMPO određuje da lica treba da budu punoletna i poslovno sposobna, te da vode zajednički život. Zakon precizira da zajednica života mora postojati u momentu unošenja polnih ćelija, odnosno embriona u telo žene. Sledeći kriterijum podobnosti odnosi se na sposobnost lica da vrše roditeljsku dužnost. Traži se da se radi o licima koja su sposobna da vrše roditeljsku dužnost, s obzirom na godine života i opšte zdravstveno stanje i koja su u takvom psiho-socijalnom stanju na osnovu koga se opravdano može očekivati da će biti sposobni da obavljaju roditeljske dužnosti, u skladu sa zakonom, u interesu deteta. Nesumnjivo je da supružnici/vanbračni partneri treba da ispunjavaju uslove koje predviđa zakon da bi bili u stanju da roditeljsko pravo vrše u skladu sa najboljim interesom deteta, ali se može postaviti pitanje na koji način će se utvrđivati da li su ovi uslovi ispunjeni. Izuzetno je važno da lica koja budu ovlašćena da proveravaju ispunjenje uslova budu kompetentna za ovakvu proveru, te da se vodi računa o tome da provera uslova ne optereći postupak.

Osim supružnicima i vanbračnim partnerima, zakon daje pravo na lečenje neplodnosti postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja ženi koja nema partnera (punoletnoj i poslovno sposobnoj), ali kao izuzetnu mogućnost. Uslov je da za to postoje naročito opravdani razlozi. Svakako, razlog treba da bude medicinske prirode, imajući u vidu da se postupak biomedicinski potpomognutog oplodjenja sprovodi u smislu lečenja neplodnosti, odnosno mora biti poštovano načelo medicinske opravdanosti koje je eksplicitno predviđeno u ZBMPO, čl. 4. Na osnovu toga, može se pretpostaviti da se homoseksualna orijentacija žene ili nemogućnost da se roditeljstvo ostvari samo zbog toga što žena nema partnera neće smatrati opravdanim razlozima. Potrebno je da se sa ovim postupkom sporazumno saglase dva nadležna ministra, ministar nadležan za poslove zdravlja i ministar nadležan za porodične odnose. Heterologna artificalna inseminacija žene koja nema partnera je postupak koji u porodičnompravnom smislu dovodi do konsekvence da dete ostaje bez oca. Dete će imati samo jednog roditelja - majku. Prirodni otac deteta je donor semenih ćelija koji se ne može smatrati pravnim ocem. Posmatrano sa porodičnompravnog aspekta, prepoznaje se postojanje u najmanjoj meri interesa, ako ne i prava deteta na oba roditelja. Ako se ženi bez partnera dozvoli pristup postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja, interes deteta da ima oba roditelja se zanemaruje. S druge strane, u prilog prava na postupke biomedicinski potpomognutog oplodjenja žene bez partnera govori univerzalno prihvaćeno pravo na slobodno odlučivanje o rađanju dece, a koje je u

mnogim zemljama, i u Srbiji, ustavno pravo. Osim toga, u savremenim uslovima veliki broj dece koja su začeta prirodnim putem odrasta samo sa jednim roditeljem. Kao u mnogim porodičnopравnim situacijama, rešenje zavisi od toga kojem od sukobljenih interesa će se dati primat, u ovoj situaciji interesu deteta da ima oba roditelja ili interesu žene da postane roditelj iako nema stalnog partnera.

Zakon o humanoј fertilizaciji i embriologiji iz 1990. godine Velike Britanije sadržao je odredbu po kojoj žena nije mogla biti uključena u postupak, ako nije uzeta u obzir dobrobit deteta koje bi bilo rođeno kao rezultat tretmana (uključujući potrebu deteta za ocem), deo 13 (5). Amandmanima na ovaj Zakon iz 2008. godine formulacija "potreba deteta za ocem" zamenjena je formulacijom "uključujući potrebu za roditeljstvom koje pruža podršku" (*supportive parenting*), deo 14(2)(b).⁴ U podzakonskom aktu *Code of Practice*, formulisano je uputstvo za procenu obaveze da se uzme u obzir potreba deteta za ocem na sledeći način:

"Ako dete neće imati pravnog oca, centar treba da proceni sposobnost buduće majke da zadovolji potrebe deteta/dece i sposobnost drugih lica u okviru porodice ili socijalnog okruženja koji žele da podele odgovornost zadovoljavanja ovih potreba."⁵

Sledeći kriterijum podobnosti odnosi se na reproduktivnu sposobnost žene kao subjekta prava na postupke biomedicinski potpomognutog oplodjenja. Zakonom se zabranjuje da se u postupak uključi žena koja po godinama života i opštem zdravstvenom stanju nije sposobna da rađa, odnosno koja je u starosnoj dobi koja nije primerena za rađanje, čl. 26 ZBMPO. Još stroži kriterijum postavljen je kada se radi o postupcima biomedicinski potpomognutog oplodjenja koje finansira država. Pravo na besplatne postupke ima žena do 40 godina starosti. Ova starosna granica se, u praksi, pokazuje kao suviše niska, pa postoje predlozi da se poveća na preko 40 godina. Uslov starosne dobi može se opravdati nekim razlozima. S jedne strane, radi se o uslovu kojim se oponaša prirodna situacija rađanja dece, s druge strane uslov ima etičku konotaciju, a takođe, štite se interesi deteta da ima roditelja koji će moći da se brine o njemu u vremenskom periodu detinjstva i adolescencije.

Kriterijum podobnosti koji se odnosi na oba bračna ili vanbračna partnera predviđa da pravo na postupak biomedicinski potpomognutog oplodjenja imaju supružnici, odnosno vanbračni partneri kojima nije moguće pomoći drugim medicinskim postupcima lečenja neplodnosti, odnosno za koje se prema savre-

⁴ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22>, posećen 20.08.2016.

⁵ Erin Nelson, *Law, Policy and Reproductive Autonomy*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2013, str. 277. Jedno od značajnih pitanja je odnos kriterijuma podobnosti i reproduktivne autonomije, str. 276-279.

menim standardima medicinske nauke i prakse ne može očekivati da će doći do začeca i rađanja deteta polnim odnosom. Izuzetno, pravo na postupak biomedicinski potpomognutog oplodjenja imaju supružnici, odnosno vanbračni partneri ako se tim načinom začeca sprečava prenošenje teških naslednih bolesti na dete, čl. 27 ZBMPO.

Poseban kriterijum podobnosti predviđen je u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije u vezi sa postupkom surogat materinstva. U ovom momentu surogat materinstvo je prema ZBMPO izričito zabranjeno⁶, ali Prednacrt sadrži odredbe koje bi regulisale ovaj postupak. Kao jedan od kriterijuma koji se predviđa za lica koja zaključuju ugovor o surogat materinstvu je državljanstvo Republike Srbije odnosno prebivalište na teritoriji Republike Srbije najmanje tri (pet) godina (čl. 2276).

Analizirajući navedenu odredbu autor Bordaš iznosi sledeće mišljenje:

“Iz ugla međunarodnog privatnog prava vezivanje prava stranaca za postojanje prebivališta u određenom trajanju nije adekvatno imajući u vidu uslove pod kojima stranci mogu da steknu prebivalište u Srbiji koje propisuje Zakon o strancima iz 2008. godine.⁷ Prema čl. 74 ovog Zakona prebivalište stranca je “mesto u kome stranac kome je odobreno stalno nastanjenje ima nameru trajno da živi na određenoj adresi”, a stalno nastanjenje može da se odobri strancu koji je do dana podnošenja zahteva za stalno nastanjenje u Srbiji boravio neprekidno duže od pet godina na osnovu odobrenja za privremeni boravak, strancu koji je najmanje tri godine u braku sa državljaninom Srbije ili sa strancem koji ima stalno nastanjenje u Srbiji, kao i strancu koji je poreklom sa teritorije Srbije. Proizlazi dakle, da prebivalište za stranca u trajanju od najmanje tri, odnosno pet godina u Srbiji da bi stekao pravo da u Srbiji postane ugovorna strana ugovora o rađanju za drugog predstavlja nepotrebno dugačak period, bar za one strance kojima se stalno nastanjenje ne odobrava po osnovu braka sa državljaninom Srbije ili strancem koji ima odobrenje za stalno nastanjenje. Situacija koja bi eventualno dala osnova za sumnju u reprodukcioni turizam je ona u kojoj je reč o strancu poreklom sa teritorije Srbije, pošto za njega Zakon o strancima ne propisuje uslove. Dakle, ukoliko se smatra da bi pravo stranih državljana u ovom domenu trebalo ograničiti, dovoljan je uslov prebivalište u Srbiji. Sve ovo što je rečeno tim pre, što se najznačajniji pravni problemi surogat materinstva vezuju za priznanje pravnog roditeljstva na-

⁶ Više o surogat materinstvu videti u: Gordana Kovaček Stanić, Biomedicinski potpomognuto začeca i rođenje deteta: surogat materinstvo u uporednom evropskom pravu i Srbiji, Stanovništvo 1/2013, str. 1-21.

⁷ V. Zakon o strancima, *Službeni glasnik Republike Srbije* 97/2008.

meravanih roditelja a ne za činjenicu da li oni, ako su strani državljani, imaju prebivalište u Srbiji ili ne.”⁸

Uvažavajući navedeno mišljenje i mi smatramo da bi u Građanskom zakonu ili drugom zakonu koji bi regulisao surogat materinstvo, trebalo napraviti razliku u uslovima podobnosti kada se radi o različitim kategorijama stranaca. Tako, ako se radi o strancu koji je stekao prebivalište na osnovu stalnog nastanjenja (čl. 37/1 tač. 1) ne bi trebalo postavljati nikakve nove uslove za sticanje prava na zaključivanje ugovora o surogat materinstvu. Naime, stranac je već proveo pet godina u Srbiji, što na neki način, predstavlja garanciju da se ne radi o slučaju reproduktivnog turizma. Drugi slučaj je slučaj stranca koji je najmanje tri godine u braku sa državljaninom Republike Srbije, ili strancem koji ima stalno nastanjenje (čl. 37/1 tač. 2). Prema definiciji usvojenoj u Zakon o strancima iz 2008. godine:

“Brak, u smislu stava 1. tačka 2) ovog člana, je bračna zajednica života na teritoriji Republike Srbije.” (Čl. 37/5)

Iz toga proizilazi da je i u ovom slučaju ispunjen uslov života na teritoriji Srbije u vremenu od tri godine.

U slučaju stranca koji je poreklom sa teritorije Republike Srbije (čl. 37/1 tač. 4), smatramo da takođe ne bi trebalo postavljati nikakve nove uslove za sticanje prava na zaključivanje ugovora o surogat materinstvu. Naime, u ovom slučaju postoji određena veza lica sa državom Srbijom, pa bi to predstavljalo neku vrstu garancije da se ne radi o reproduktivnom turizmu.

Po našem mišljenju, slučaj koji bi eventualno mogao u praksi da dovede do zloupotrebe prava je izuzetan slučaj kada se stalno nastanjenje odobrava strancu koji ima odobren privremeni boravak, ako to nalažu razlozi humanosti ili to predstavlja interes za Republiku Srbiju (čl. 37/2). Postoji opasnost da stranac podnese dokumentaciju kojom se poziva na razloge humanosti, a sa jedinim ciljem da stekne pravo na zaključenje ugovora o surogat materinstvu. U ovom slučaju, za sticanje prava na učešće u postupku surogat materinstva, trebalo bi predvideti da stranac ima prebivalište u Srbiji u određenom periodu, po našem mišljenju bilo bi dovoljan period od tri godine.

Reproduktivni turizam sam po sebi ne mora biti negativna ili zabranjena praksa kada se radi o ART. Međutim, kada se radi o praksi surogat materinstva postoje razlozi protiv reproduktivnog turizma. Postoje najmanje dva razloga koji mogu biti motiv za odlazak u inostranstvo radi sprovođenja surogat materinstva. Prvi je ako stranka dolazi iz zemlje u kojoj je ovaj postupak zabranjen, a drugi ako je postupak mnogo skuplji ili teško dostupan u zemlji u kojoj stranac živi. U pr-

⁸ Bernadet Bordaš, Stranci kao strane ugovora o rađanju prema model-odredbama budućeg Građanskog zakonika Srbije, *Zbornik sažetaka sa naučnog skupa "Biomedicina i pravo"*, 2016, str. 11.

vom slučaju postupak je diskutabilan zbog problema oko materinstva (roditeljstva) i državljanstva u zemlji iz koje stranac dolazi, a u drugom zbog potencijalne eksploatacije žena koje su domaće državljanke, a koje bi imale ulogu surogat majke.⁹

Vanbračni partneri istog pola kao subjekti artificaljnih reproduktivnih tehnologija

Osim vanbračnih partnera različitog pola, u uporednom pravu i vanbračni partneri istog pola mogu biti subjekti artificaljnih reproduktivnih tehnologija. Radi se o slučaju heterologne artificaljne inseminacije u kojem učestvuju dve žene, te o postupku surogat materinstva kada se radi o dva muškarca.

Postupak heterologne artificaljne inseminacije u kojem učestvuju dve žene je dozvoljen u npr. Velikoj Britaniji i Švedskoj. Porodični status deteta, odnosno, njegovi elementi, materinstvo i očinstvo, u ovom slučaju su revolucionarno izmenjeni posmatrajući ukorenjena shvatanja i zakonska pravila o roditeljstvu.¹⁰ U ovom slučaju žena koja je rodila dete je pravna majka deteta. Druga žena – njena partnerka (bračna ili vanbračna), takođe se smatra roditeljem i upisuje se u matične knjige kao drugi roditelj. Tako je, u Velikoj Britaniji, Zakonom o humanoј fertilizaciji i embriologiji iz 1990. godine (izmene 2008. godine), regulisano roditeljstvo dve žene koje se nalaze u zajednici - *civil partnerhip*. Uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi se partnerka smatrala drugim roditeljem (*agreed female parenthood conditions*) su sledeći: obe žene moraju dati saglasnost u tom smislu, saglasnost ne sme biti povučena u međuvremenu, žena koja rađa dete nije dala izjavu kojom označava neku drugu ženu kao roditelja, niti određenog muškarca kao oca deteta, te ove žene ne smeju biti u zabranjenim stepenima srodstva. U ovom slučaju nijedan muškarac se ne može smatrati ocem deteta. Posebno je regulisana situacija embrio-transfera posle smrti žene koja je nameravala da bude

⁹ Zbog činjenice da različitost nacionalnih prava u oblasti surogat materinstva izaziva različite pravne posledice u odnosima sa prekograničnim dejstvima, u prvom redu u pogledu pravnog roditeljstva deteta, i raznolikosti zakonskih rešenja i sudskih odluka u komparativnom pravu Haška konferencija za međunarodno privatno pravo počev od 2011. godine ima na svom dnevnom redu istraživanja posvećena ovoj oblasti, te je od 2011. godine doneto nekoliko dokumenata koji se bave ovom problematikom (Preliminarni dokument br. 11 pod nazivom "Pitanja međunarodnog privatnog prava koja se odnose na status dece, uključujući pitanja koja proizlaze iz međunarodnih aranžmana o surogat materinstvu", te Preliminarni dokument br. 10/2012). Početkom 2016. godine održan je sastanak eksperata povodom pitanja roditeljstva/surogacije. Više o aktivnostima i donetim dokumentima pogledati na: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

¹⁰ O tome više u: Gordana Kovaček-Stanić, Evropska dostignuća u regulisanju porodičnog statusa deteta začetoг artificaljnim reproduktivnim tehnologijama, *Stanovništvo* 2/2015, str. 1-21.

roditelj. Posebni uslovi su: da je ta žena dala saglasnost da se embrion transferira posle njene smrti, da je dala saglasnost da se ona smatra roditeljem, da žena koja je rodila dete u roku od 42 dana označi partnerku kao roditelja deteta, te da se niko drugi ne smatra ocem deteta ili neko drugi kao roditelj (na primer na osnovu usvojenja).

Švedsko pravo, počevši od 2005. godine, dozvoljava heterolognu artificijelnju inseminaciju i fertilizaciju van tela kada se radi o lezbijskim partnerima. U tom slučaju žena koja rodi dete je majka deteta, a druga žena dobija status roditelja.¹¹ Uslov je da se postupak sprovodi u državnoj bolnici. Saglasnost žene na postupak koji se primenjuje na njenu partnerku, bilo da je partnerstvo registrovano ili se radi o vanbračnoj zajednici dve žene, dovodi do pravnog roditeljstva nad detetom, koje je u potpunosti jednako kao roditeljstvo žene koja je rodila dete. Očinstvo donora ne može biti utvrđivano. Roditeljstvo žene koja je dala saglasnost mora biti utvrđeno na poseban način, na osnovu njenog pisanog priznanja uz prisustvo svedoka ili na osnovu sudske odluke, ako nema priznanja. Priznanje se može dati i pre rođenja deteta, a mora biti potvrđeno od strane saveta za socijalno staranje i majke koja je rodila dete.

Kada se radi o dva muškarca koji se nalaze u registrovanoj istopolnoj zajednici moguće je koristiti postupak surogat materinstva. Ovu mogućnost predviđa npr. zakonodavstvo Velike Britanije počevši od 2010. godine. Prema Zakonu o humanoj fertilizaciji i embriologiji postoji mogućnost traženja i dobijanja dozvole od suda da se dva lica muškog pola upišu kao roditelji deteta koje je rodila surogat majka.¹²

Preimplantaciona genetska dijagnostika kao postupak u okviru artificijelnih reproduktivnih tehnologija

Pored pitanja ko mogu biti subjekti ART, postavlja se i pitanje obima njihovih prava. Razvoj preimplantacione genetske dijagnostike (u daljem tekstu PGD) kao tehnike kojom se mogu utvrditi različiti hromozomski i genetski poremećaji, uticao je na stvaranje mogućnosti da budući roditelji utiču na to kakvo dete će biti rođeno.

¹¹ Maarit Jänträ-Jarebor, Sweden: Lesbian Couples are Entitled to Assisted Fertilization – towards Equal Legal Rights for Homosexual Couples, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht*, 2005. Odredbe se nalaze u Zakoniku o deci i roditeljima (1949:381) (*Föräldrabalken*), posebno u odeljku 1, delu 9 koji su izmenjeni Zakonom (SFS 2005:434) i u Zakonu o inseminaciji (1984: 1140, izmenjenom 2005, SFS 2005:443).

¹² Poznat je slučaj pevača Elton John-a (Elton Džon) koji sa svojim partnerom ima dvoje dece koje je rodila surogat majka.

U nekim slučajevima PGD se smatra opravdanom. Naime, kada su oba roditelja nosioci istovrsnih gena koji su prenosioci određene nasledne bolesti, ili malformacije, postoji velika verovatnoća, čak izvesnost da će se bolest preneti na dete.¹³ U tim situacijama određena testiranja, odnosno savetovanja se odvijaju još i pre započinjanja bilo kakvog postupka. Pored toga, roditelji mogu da zatraže usluge genetskog savetovanja i u slučaju pre implantacije embriona stvorenih *in vitro* i na taj način obezbede implantaciju samo "zdravih" embriona ili embriona određenog pola, imajući u vidu da se pojedine bolesti prenose samo na žensko ili muško potomstvo.

Ovde se može postaviti pitanje da li će masovna primena ove tehnike dovesti do pojave "dizajniranih beba"¹⁴ koje će imati genetsku strukturu i fizičke karakteristike koje njihovi roditelji smatraju poželjnim. Pojedini autori ističu da se na ovaj način vrši dalja diskriminacija ljudi koji su rođeni sa određenim nedostacima, odnosno da se na taj način približavamo genetskoj "klasnoj podeli".¹⁵

Međutim, svakako da osobe sa invaliditetom ne zaslužuju manje poštovanje zbog svoje invalidnosti, ali ne možemo opovrgnuti činjenicu da su određene biološke karakteristike poželjnije od drugih.¹⁶ Prihvatajući činjenicu da svaki član društva zaslužuje isto poštovanje uprkos eventualnom invaliditetu ne znači prihvatanje jednakosti svih bioloških karakteristika, te u tom smislu, ako je moguća kvalitativna diferencijacija u pogledu genetskih karakteristika, izbor embriona upravo prema tim karakteristikama sam po sebi ne predstavlja diskriminaciju ljudi koji pate od genetskih bolesti.¹⁷ Sa druge strane, koliko kvalitetan život te osobe imaju, zavisi pre svega od društva, odnosno njegovih institucija koje treba da ih zaštite i svima obezbede jednaku šansu.¹⁸

¹³ Gordana Kovaček-Stanić, Nepoznato biološko roditeljstvo kao potencijalni uzrok nehotičnog incesta, Međunarodni simpozijum, *Seksualnost, agresivnost, delinkventnost – medicinski, pravni i socijalni aspekti seksualne delinkvencije*, Novi Sad 1998, 131–140.

¹⁴ Termin "dizajnirane bebe" kritikovan je (opravdano) u literaturi, jer navodi na pomisao da žene na ovaj način biraju bebe na isti način kao što biraju proizvode u prodavnici. Kao adekvatna zamena predlaže se pojam "usmerena reprodukcija". Dena S. Davis, *Genetic Dilemmas Reproductive Technology, Parental Choices, and Children's Futures*, Oxford University Press, 2010., p.35.

¹⁵ Erin Nelson, *op. cit.*, 318.

¹⁶ Niels Petersen, The Legal Status of the Human Embryo in vitro: General Human Rights Instruments, *ZaöRV*, 65/2005, 447–466, 465.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Džulijan Savulesku, Genetske intervencije i etika poboljšanja ljudskih bića, *Bioetika*, priredili: Vojin Rakić, Rada Drezgić, Ivan Mladenović, Službeni glasnik, 2012, 223–245. (Julian Savulescu, Genetic Interventions And The Ethics Of Enhancement Of Human Beings, The Oxford Handbook of Bioethics, (ed. Bonnie Steinbock) 2009, str. 239.

Na prigovore o povezanosti sa eugenikom, ističe se razlika koja podrazumeva da je preimplantaciona dijagnostika dobrovoljna i što roditeljima pruža mogućnost da dobiju dete sa najvećom mogućnošću za dobar život. Neki autori smatraju čak da je naša dužnost i obaveza da unapređujemo ljudski rod, kao što je dužnost da lečimo bolesne ljude.¹⁹

Mnogo ozbiljnije probleme stvara primena PGD radi dobijanja potomstva sa karakteristikama koje, sa etičke tačke, mogu biti sporne. Vrlo često, genetičari nisu spremni da učestvuju u donošenju konačne odluke, pre svega zato što smatraju da je to strogo lična stvar pojedinaca, odnosno budućih roditelja, koja ima posledice po njih ali i na celu njihovu porodicu. Kao rezultat, reproduktivna autonomija²⁰ postaje neprikosnovena, te se postavlja pitanje da li se ovako štiti interes deteta na najbolji mogući način, odnosno dovodi se u pitanje pravo deteta na tzv. "otvorenu budućnost".²¹

Preimplantaciona genetska dijagnostika i najbolji interes deteta

Pored roditelja koji u mogućnostima genetike vide spas i neprocenjiv napredak, postoje i oni za koje su ovakve mogućnosti nametnute kao teret. Za njih, činjenica da im se predočavaju podaci o gotovo izvesnoj prisutnosti nekih bolesti kod deteta, može biti opterećujuća, a ukoliko takve podatke saznaju i drugi, pacijent "biva žigosan"²², jer se od njih u velikoj meri očekuje da će ipak odlučiti da takvo dete ne rađaju.²³

¹⁹ *Ibidem*, 224.

²⁰ Prema načelima reproduktivne autonomije, roditelji bi trebali da imaju mogućnost da izaberu kada, koliko i kakvu decu žele da imaju i pojedini autori bezrezervno smatraju da je roditeljstvo privatna stvar i da oni opravdano imaju pravo da zahtevaju da učestvuju u prirodi deteta za čije vaspitanje i podizanje će uložiti najveći deo svog života. (*Ibidem*, 235.)

²¹ Autor Fajnberg govori o četiri grupe dečjih prava. U prvu grupu spadaju ona prava koja su zajednička i za decu i za odrasle (kao što je na primer, pravo na život), u drugu grupu spadaju prava koja su generalno vezana za decu (kako ih autor opisuje, to su tzv. "zavisna prava", jer su izvedena kao posledica zavisnosti dece od roditelja: hrana, zaštita i sl.), u treću grupu spadaju samo prava koja se odnose na odrasle, a u četvrtu grupu spadaju ona prava koja treba obezbediti (i sačuvati) za decu kada odrastu. Sveukupnost prava iz ove grupe, autor naziva "pravo deteta na otvorenu budućnost". (Joel Feinberg, *The Child's Right to an Open Future*, in Will Aiden and Hugh La Follette, eds., *Whose Child? Children's Rights, Parental Authority, and State Power* (Totowa, N.J.: Littlefield, Adams, 1980), 124-53.)

²² Jakov Radišić, *Medicinsko pravo*, Beograd, Nomos, 2008, str. 262.

²³ Ta okolnost dovela je do pojave "prava na samoodređenje u odnosu na informaciju". Ono podrazumeva da čoveka treba sačuvati od toga "da mora da gleda u svoju budućnost". Videti: Jakov Radišić, *op. cit.*, 263.

Međutim, postoje i roditelji kojima je želja dobijanje potomstva sa određenim nedostacima. Takvi roditelji koriste mogućnosti PGD pre nego što do začeca i dođe, odnosno pre implementiranja embriona, kako bi na taj način obezbudili stvaranje, odnosno implementaciju, samo embriona koji poseduje određene nedostatke.

Autor *McClain* (Meklejn), govoreći o indikatorima moralnog i društvenog pada koristi zanimljiv termin "neodgovorna" reprodukcija.²⁴ Iako autor u svom radu ne spominje tehnike asistiranje reprodukcije, termin je sasvim adekvatan i za ove slučajeve.²⁵ Mogli bismo reći da je pružanje potpune slobode pojedincima da biraju genetske karakteristike dece neodgovorno. Ovakav pristup se ne može jednostavno primeniti u slučaju medicinski potpomognute reprodukcije, a naročito ne u slučaju PGD jer profesionalci koji su uključeni u ovaj proces snose deo odgovornosti za dobrobit buduće dece začete uz njihovu pomoć.²⁶

Moguća su dva slučaja, gde se posle primene PGD rađaju deca sa određenim nedostacima: prvi, kada roditelji tendenciozno koriste mogućnosti PGD kako bi iskoristili (odnosno stvorili) samo "oštećene" embrione i drugi, kada roditelji nakon sprovedenog postupka PGD shvate da ne postoji nijedan zdrav embrion, ali se ipak odluče za implementaciju takvih embriona, jer je to jedini način da dobiju genetski svoje potomstvo.

Prvi slučaj upotrebe PGD je izuzetno kontroverzan. Iako najveći broj država u slučaju kada dozvoli primenu ove tehnike, ne dopušta odabir i implementaciju embriona kod kojih je utvrđen neki nedostatak, u praksi su se javili upravo takvi slučajevi.²⁷ Naime, u Kanadi su dve žene, istopolne partnerke, zahtevale da im klinika za oplodnju obezbedi genetski materijal donora koji je gluv, s obzirom da su obe žene bile gluve. Kako klinike nisu raspolagale takvim materijalom, dve žene su

²⁴ Linda C. McClain, "Irresponsible" Reproduction, *Hastings Law Journal* 47, 1996, 339-453.

²⁵ Kako autor navodi, "odgovorna" reprodukcija se pre svega odvija u braku kao tradicionalnom, "legitimnom" porodičnom obliku. Takva reprodukcija nastaje kada su roditelji dovoljno odgovorni i mogu samostalno da zadovolje materijale potrebe njihove dece. To su roditelji koji su dovoljno zreli, odnosno u stanju da donose odgovorne odluke o reprodukciji. Nasuprot tome, "neodgovorna" reprodukcija se odvija izvan braka. Javlja se tamo gde roditelji nisu samostalni, već su pre svega podstaknuti dobijanjem socijalne pomoći, odnosno mogućnošću prenošenja finansijskih troškova roditeljstva na druge. Takođe, u ovu grupu autor ubraja i reprodukciju u kojoj učestvuju tinejdžeri, osobe koje nisu dovoljno zrele ili sposobne da donose moralno odgovorne reproduktivne odluke, a kamoli da se ponašaju kao odgovorni roditelji. *Ibidem*.

²⁶ G. De Wert, W. Dondorp, F. Shenfield, P. Devroey, B. Tarlatzis, P. Barri, K. Diedrich, V. Provoost, and G. Pennings, *ESHRE Task Force on Ethics and Law22: Preimplantation Genetic Diagnosis*, Human Reproduction, Vol. 29, No. 8 pp. 1610 –1617, 2014, 1615.

²⁷ Zakonodavstvo Evrope je potpuno jasno u pogledu ovog pitanja i ne pruža takve mogućnosti. Vidi Poglavlje 4. Završna razmatranja.

same pronašle muškarca u čijoj je porodičnoj anamnezi zabeležen ovaj nedostatak i to pet generacija unazad. Na taj način, obezbedile su stvaranje embriona koji će sigurno posedovati ovaj "nedostatak". Dete koje je rođeno, bilo je gluvo, a žene su smatrale da sa takvim detetom mogu bolje obavljati svoju ulogu roditelja.²⁸

Pre nego što pokušamo da damo odgovor na pitanje da li je ovakav zahtev bio opravdan i da li mu se treba izaći u susret, neophodno je zauzeti stav po pitanju toga da li biti gluv predstavlja nedostatak ili ne. Mnogi ljudi koji pate od nedostatka sluha, ističu da to nije nikakav nedostatak, već predstavlja njihov jezički i kulturološki identitet.²⁹ Takođe, pristalice ovog postupka smatraju da će deci koja čuju biti teško da razumeju stanje svojih roditelja, kao i da će gluvi roditelji imati ograničenu mogućnost učešća u odrastanju svoje dece.³⁰

Koliko god se trudili da prihvatimo da je nedostatak sluha samo jedan vid normalnosti, da ti ljudi vode normalan, srećan život, ne bismo mogli da previdimo poteškoće i izazove sa kojima se oni susreću. Mogućnosti koje im stoje na raspolaganju jesu velike, ali ipak ograničene i smatramo da, u situaciji kada je to moguće, detetu treba pružiti pravo na što otvoreniju budućnost sa što više mogućnosti. Svakako da time ne ističemo *dužnost* roditelja da rađaju isključivo zdravu decu, ali kada za njih postoji mogućnost dobijanja deteta koje neće imati neki nedostatak, ne bi smo smeli omogućiti i podržati suprotnu odluku.

Drugi slučaj koji podrazumeva situaciju gde su svi embrioni budućih roditelja "oštećeni". Ovde je neophodno razmotriti nekoliko aspekata, pre donošenja odluke o tome treba li dozvoliti upotrebu ovakvih embriona ili ne. Pre svega, potrebno je analizirati ozbiljnost oštećenja, odnosno sa kakvim nedostacima će dete biti rođeno. U tom smislu, samo rizik od ozbiljnih poremećaja može biti razlog za prekidanje daljeg postupka. U teoriji nailazimo i na stavove da je prilikom odlučivanja o daljem toku postupka u situacijama kada je nemoguće izbeći rađanje deteta sa nekim vidom nedostatka, ključno to da li se time nanosi šteta drugima koja može biti indirektna (u vidu nametanja finansijskih troškova) ili direktna (ukoliko roditelji napuste dete, pa je neophodno obezbediti staranje takvom detetu).³¹ Sa druge strane, isti autor ističe da rođenje deteta uvek mora imati pre-

²⁸ Erin Nelson, *op. cit.*, 324.

²⁹ Dena S. Davis, *op. cit.*, 65.

³⁰ G. De Wert, W. Dondorp, F. Shenfield, P. Devroey, B. Tarlatzis, P. Barri, K. Diedrich, V. Provoost, and G. Pennings, *op. cit.*, 1614.

³¹ Tako, Robertson (Robertson) smatra da roditeljima ne bi trebalo dopustiti da druge izlažu neopravdanom i nerazumnom riziku od eventualne štete koja može nastupiti za njih, jer kako on navodi sloboda reprodukcije ne podrazumeva i nametanje troškova podizanja deteta na druge, te je iz tog razloga uskraćivanje pomoći, odnosno prekidanje daljeg postupka sasvim opravdano. (John

vagu i da samo ozbiljna oštećenja mogu biti razlog za suprotnu odluku. U tom smislu, on navodi da se implementiranje embriona i rizik rađanja deteta sa nekim nedostacima, ne može osuđivati, jer je za dete bolje da bude rođeno (pa čak i sa nekim vidom oštećenja), nego da ne bude rođeno uopšte. Stava smo da je ovakav pristup ekstreman i da je neophodno sagledati sve bitne aspekte i pružiti budućim roditeljima sve potrebne informacije. Ideja da se genetičari u potpunosti suzdrže od iznošenja sopstvenog mišljenja i vrednosnih stavova, kako bi se u potpunosti ispoštovala autonomija pacijenata je pogrešna.³² Upravo neizgovorene društvene predrasude mogu biti opasnije po autonomiju nego one koje su jasno izgovorene.³³ U donošenju konačne odluke, neophodno je razmotriti i mogućnost započinjanja novog ciklusa vantelesne oplodnje, odnosno da li je moguće na taj način izbeći postojeći rizik po dete, jer kako je istakao jedan izraelski sudija u slučaju koji se ticao neželjenog rođenja teško oštećenog deteta³⁴ "ne postoji pravo da se ne živi, ali postoji pravo na život bez nedostataka"³⁵. Takođe, potrebno je ispitati i motive roditelja, odnosno koliko su oni spremni da podižu i odgajaju takvo dete. U situacijama, gde su roditelji skloni da odluku donesu u afektu, najbolje bi bilo roditeljima ponuditi krioprezervaciju embriona, kako bi se ostavio određeni vremenski period za razmišljanje i donošenje ispravne odluke.³⁶

Ukoliko se prilikom testiranja pre oplodnje, zaključi da partneri nisu u mogućnosti da začnu dete bez velikog rizika po zdravlje deteta, stava smo da i u tom slučaju ne bi trebalo dozvoliti nastavak postupka. Vrlo lepo autor *Cohen* (Koen) pravi razliku između ovakvih situacija i onih u kojima već postoji začeto dete ističući da situacija u kojoj nije ni došlo do začeća nije ni dobra ni loša. Ona je neutralna, za razliku od situacije kada već postoji začeto dete. U tom smislu, ona navodi da život sa nedostatkom koji ne mora biti toliko ozbiljan, može biti loš i

A. Robertson, Embryos, Families, And Procreative Liberty: The Legal Structure Of The New Reproduction, *Southern California Law Review* Vol. 59, 939-1041., 957.)

³² Dena S. Davis, *op. cit.*, 23.

³³ Robert Wachbroit, David Wasserman, Patient Autonomy and Value-Neutrality in Non-directive Genetic Counseling, *Stanford Law & Policy Review*, Volume 6:2, (1994-1995), p. 103-112. Autori navode da vrednosno neutralni stavovi genetičara niti su poželjni, niti mogući.

³⁴ U SAD i državama zapadne Evrope, poznati su slučajevi u kojima roditelji podnose tužbu protiv lekara i zdravstvenih ustanova i traže naknadu štete ili usled neželjenog rođenja zdravog deteta (*wrongful birth*) ili usled neželjenog rođenja teško oštećenog deteta (*wrongful life*). Više o tome videti u: Jakov Radišić, *op. cit.*, 197-200.

³⁵ Judge Amnon Carmi, "Wrongful Life: An Israeli Case", *Med Law* (1990) 9:777-781.

³⁶ G. De Wert, W. Dondorp, F. Shenfield, P. Devroey, B. Tarlatzis, P. Barri, K. Diedrich, V. Provoost, and G. Pennings, *op. cit.*, 1615.

samim tim lošiji od situacije koja je vrednosno neutralna, odnosno gde do začeca nije ni došlo.³⁷

ZAKLJUČAK

U današnjim uslovima, u domaćem i uporednom pravu univerzalno je prihvaćeno da su subjekti postupaka ART supružnici i heteroseksualni vanbračni partneri. Na taj način se poštuje interes deteta da ima dva pravna roditelja. Osim osnovnog uslova da se radi o licima koja su u braku ili vanbračnoj zajednici, predviđeni su i drugi uslovi koji se mogu definisati kao kriterijumi podobnosti.

Žena koja nema partnera, u domaćem i uporednom pravu, ima ograničena prava na pristup ART. Razlog tome je što u situaciji primene ART na ženu bez partnera dete ostaje bez pravnog oca. Zbog toga su predviđeni posebni kriterijumi podobnosti u slučaju žene koja nema partnera, a u cilju zaštite deteta. Na osnovu komparativne analize, smatramo da bi u domaćem pravu trebalo formulisati kriterijum podobnosti kroz zahtev da u situaciji žene bez partnera postoji posebno porodično ili socijalno okruženje, takvo da može da obezbedi detetu odrastanje uz podršku drugih osoba, koje bi, na neki način, predstavljale zame-nu za oca. Ipak, treba uzeti u obzir situaciju u kojoj majka ima istopolnu partnerku, koja može zadovoljiti kriterijum pružanja podrške, a što, za sada, ne bi bilo u skladu sa zakonskim rešenjem koje daje pravo na postupke biomedicinski potpomognutog oplođenja samo heteroseksualnim partnerima ili ženi bez partnera. Moglo bi se desiti da širim tumačenjem, pravo na postupke biomedicinski potpomognutog oplođenja dobiju istopolne partnerke "na mala vrata".

Kada se radi o licima istog pola kao potencijalnim subjektima ART, treba imati u vidu činjenicu da u Srbiji u ovom momentu, zajednica lica istog pola nije regulisana, tako da takva zajednica ne proizvodi nikakve pravne posledice. Prilikom eventualnog regulisanja pravnih odnosa lica istog pola u domaćem zakonodavstvu treba imati u vidu evoluciju zakonodavnih rešenja u uporednom pravu, pa eventualno krenuti od prava koja su predviđena prvim zakonima iz te oblasti (imovinski režim i izdržavanje i u slučaju bolesti partnera, pravo na informacije, pravo na odlučivanje o tretmanu bolesti i pravo na posete u zdravstvenoj ustanovi). Po našem mišljenju, tek u nekoj daljoj fazi regulative, istopolni partneri bi mogli dobiti pravo na stvaranje porodice, primenom ART ili usvojenjem deteta. Smatramo da reproduktivna prava nikako ne bi trebalo regulisati na samom početku, nego tek u kasnijem momentu, kada protekne određeni period u kome bi zakonska regulativa imovinskih prava postala društveno prihvaćena.

³⁷ Cynthia B. Cohen, "Give Me Children or I Shall Die!" New Reproductive Technologies and Harm to Children, *The Hastings Center Report*, Vol. 26, No. 2 (Mar. - Apr., 1996), 19-27, 24.

Posebna kategorija subjekata ART su stranci. Kada se radi o postupku surrogat materinstva smatramo da stranci koji imaju prebivalište na teritoriji Republike Srbije, bez posebnog uslova trajanja prebivališta najmanje tri (pet) godina, mogu imati pravo na zaključivanje ugovora o surrogat materinstvu, te bi u tom smislu trebalo izmeniti rešenje koje se predviđa u Nacrtu građanskog zakonika (čl. 2276). Uslov trajanja prebivališta trebalo bi zadržati samo u jednoj izuzetnoj situaciji, a to je slučaj kada se stalno nastanjenje odobrava strancu iz razloga humanosti ili kada to predstavlja interes za Republiku Srbiju. Smatramo da u ovom slučaju postoji opasnost da stranac podnese dokumentaciju kojom se poziva na razloge humanosti, a sa jednim ciljem da stekne pravo na zaključenje ugovora o surrogat materinstvu.

S druge strane, kada govorimo o pravima ovih lica etička načela zahtevaju od nas da se suprotstavimo onim idejama i nastojanjima koja dovode u pitanje interes dece kao najosetljivije kategorije. Kao što svaki roditelj ima obavezu da se o svom rođenom detetu stara na najbolji mogući način i da se suzdrži od nanošenja štete, takvu obavezu roditelji imaju i tokom prenatalnog razvoja deteta, kao i tokom preimplantacionog perioda, pa čak i u periodu gde do začeća još nije ni došlo.³⁸ Ovakav pristup možemo uočiti i Prednacrtu građanskog zakonika Republike Srbije, koji ističe da je svako dužan da se rukovodi najboljim interesom deteta u svemu što se odnosi na dete.³⁹

Analizom evropskog zakonodavstva⁴⁰, možemo zaključiti da postoje države koje PGD zabranjuju u potpunosti⁴¹ i one koje dozvoljavaju ovaj postupak, sa obavezom da se odvija u zakonskim okvirima⁴². Prema Zakonu o humanoj fertilizaciji i embriologiji Velike Britanije, embrion koji ima gen za "ozbiljno oboljenje", ne sme biti implantiran, ukoliko postoji embrion bez takvog gena.⁴³ Pri tom, nedostatak sluha smatra se ozbiljnim oboljenjem, pa bi ranije pomenuti scenario koji se dogodio u Kanadi, ovde bio nemoguć. Naime, zabranjeno je koristiti i doniran materijal za koji je utvrđeno da poseduje ozbiljan genetski poremećaj.⁴⁴

³⁸ Robertson, *op. cit.*, 987.

³⁹ V. Čl. 2218 Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije.

⁴⁰ Annie Corveleyn, Eleni Zika, Michael Morris, Elisabeth Dequeker, James Lawford Davies, Karen Sermon, Guillermo Antiñolo, Andreas Schmutzler, Jiri Vanecek, Fransesc Palau, Dolores Ibarreta, *Preimplantation Genetic Diagnosis in Europe*, OPOCE, 2007.

⁴¹ Takav je primer Irske i donekle Nemačke i Švajcarske.

⁴² Ovde spadaju Velika Britanija i Belgija.

⁴³ Section 14(4)(9) Human Fertilization and Embryology Act, 2008.

⁴⁴ To svakako ne znači da su roditelji dužni da se podvrgnu testiranju kako bi izbegli rađanje deteta sa nekim poremećajem, ali kada se odluče za takav vid testiranja, ne bi smeli iskoristiti em-

Iako ne očekujemo da će se situacija u Evropi značajnije promeniti po pitanju zakonskih rešenja, već sada se mogu čuti prigovori većine klinika iz Velike Britanije koji smatraju da je način na koji je regulisana mogućnost PGD pogrešan i da konačnu odluku treba da donose potencijalni roditelji i lekari.⁴⁵ U takvom scenariju, ne bi bilo čudno da klinike počnu da sprovode genetska testiranja sa ciljem ostvarivanja želja potencijalnih roditelja koje ozbiljno mogu dovesti u pitanje interes deteta i njegovo pravo na "otvorenu budućnost". Smatramo da je rešenje, koje je prihvaćeno u gotovo svim evropskim zakonodavstvima, a koje podrazumeva regulisanje ove oblasti isključivo na nivou države⁴⁶, jedino ispravo i da se nikako ne sme prepustiti klinikama da same (i u saradnji sa pacijentima) odlučuju o sudbini buduće dece.

GORDANA KOVAČEK-STANIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law University of Novi Sad
SANDRA SAMARDŽIĆ, LL.M.,
Assistant, University of Novi Sad, Faculty of Law

SUBJECTS OF ARTIFICIAL REPRODUCTIVE TECHNOLOGIES
AND THEIR RIGHTS WITHIN THESE PROCEDURES
- Preimplantation genetic diagnosis -

Summary

Today we are witnessing an incredibly rapid pace of development in artificial reproductive technologies, which provide more opportunities for conception every day. Furthermore, the development of genetics as a discipline that studies genes, genetic variation, and heredity in living organisms has also led to the emergence of the so-called preimplantation diagnosis as a technique used to identify genetic defects in embryos created through in vitro fertilization (IVF) before pregnancy. This paper analyzes two contemporary issues related to artificial reproductive technologies. First of all, it analyzes the question of who may be the subject of artificial reproductive technologies, and then it analyzes the rights of these subjects to use the possibilities of the preimplantation genetic diagnostics.

brion koji će dovesti do rađanja na primer, gluvog deteta, ukoliko postoji embrion bez takvog oštećenja.

⁴⁵ Annie Corveleyn, Eleni Zika, Michael Morris, Elisabeth Dequeker, James Lawford Davies, Karen Sermon, Guillermo Antiñolo, Andreas Schmutzler, Jiri Vanecek, Fransesc Palau, Dolores Ibarreta, *op. cit.*, 81.

⁴⁶ Takav pristup možemo uočiti u Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije gde se u članu 2218(4) navodi da je "država obavezna da poštuje, štiti i unapređuje prava deteta".

DUŠICA PALAČKOVIĆ,
SANDA ĆORAC

PROCESNE GARANTIJE PRAVA NA POŠTOVANJE PORODIČNOG ŽIVOTA

– Praksa Evropskog suda za ljudska prava –

U V O D

U analiziranju prava na poštovanje porodičnog života, ali i svih drugih iz korpusa osnovnih ljudskih sloboda i prava, bez obzira na pristup i ciljeve takve analize, polazna tačka uvek su međunarodni i regionalni dokumenti koji ih garantuju. U okvirima evropskog pravnog prostora dokument najvišeg ranga je nesumnjivo Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu “Konvencija”) koja uz garantovanje niza supstancijalnih prava uspostavlja i poseban sistem njihove zaštite,¹ što je jedinstven pristup kada su međunarodni dokumenti o ljudskim pravima u pitanju. Tokom niza godina primene Konvencija je postala najčvršći i najkoherentniji sistem zaštite ljudskih prava

Dr Dušica Palačković, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

Sanda Ćorac, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu: “Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske unije”, koji se finansira iz sredstava Fakulteta.

¹ Kao pravni akt Saveta Evrope, Konvencija je usvojena 1950. godine u Rimu. Primjenjuje se i u Republici Srbiji na osnovu Zakona o ratifikaciji Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG-Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005.

u međunarodnoj zajednici.² Pristupanjem Konvenciji države preuzimaju obavezu poštovanja njenih odredbi, ali njome nije preciziran i način na koji će strane ugovornice obezbediti poštovanje garantovanih prava. Model zaštite i specifične procesnopravne mehanizme države članice utvrđuju i primenjuju samostalno. Treba, ipak, podsetiti da su Konvencijom garantovana samo ona prava koja su smatrana suštinskim za integraciju evropske demokratije i o kojima je bilo moguće postići konsenzus, posebno u odnosu na međunarodni nadzor njihove zaštite.³ Ovo, pak, upućuje na zaključak da katalog prava garantovanih Konvencijom nije i sveobuhvatan, da je reč o minimumu (donjoj granici) prava koji države ugovornice moraju poštovati, uz slobodan pristup u njegovom dopunjavanju.

Osvrt na sadržinu prava na poštovanje porodičnog života

Pravo na poštovanje porodičnog života garantovano je čl.8 Konvencije. Jedinstven po načinu formulisanja, ovaj član najpre ukazuje da se štiti, odnosno mora obezbediti poštovanje, kako porodičnog života koji je već ustanovljen, tako i onog koji će tek nastati, a time se implicira i obaveza država ugovornica da omogućе svakome da uspostavi i organizuje porodični život, kao i da u jednom uspostavljenom neometano uživa. To, pre svega, znači da država ima dve vrste obaveza - pozitivne,⁴ odnosno da preduzima sve neophodne mere u cilju obezbeđenja uslova za ostvarivanje ovog prava, i negativne, u smislu nemešanja, odnosno uzdržavanja od mešanja koje predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života, što izričito predviđa, uz izuzetke, čl. 8/2. Ali, način formulisanja ovog člana znači da pravo na poštovanje porodičnog života ima i drugu dimenziju koja podrazumeva da se i svi drugi, a ne samo država, moraju uzdržavati od povrede ovog prava.

Svrstavanjem prava na poštovanje porodičnog života u listu zaštićenih Konvencijom prepoznata je vrednost koju porodični život ima *per se*. Time "porodični život" postaje specifično zaštićeno dobro i dobija univerzalni, nadnacionalni karakter. Međutim, ovaj "zaštićeni objekat" Konvencijom nije definisan. Drugim rečima, porodični život čine specifični, lični odnosi pojedinaca koji nisu egzaktno određeni, tačnije nije precizirano koji su to odnosi, između kojih lica i da li oni

² Osnivanjem Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu "Sud") i propisivanjem niza pravila o načinu njegovog postupanja i organizaciji.

³ M. Paunović, *Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd 1993, str. 9.

⁴ M. Nastić, *Ustavnopravni osnov primene Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u postupku pred nacionalnim ustavnim sudovima*, doktorska disertacija, Niš 2012, str. 32.

moraju, uz to, imati i određene kvalifikative.⁵ Izostanak konkretizacije ovih elemenata uslovio je i praktično neograničene mogućnosti, odnosno situacije koje opredeljuju pojedince da traže zaštitu u okviru ovog prava. Ili, nepostojanje unapred uspostavljenih granica, kako u odnosu na lica koja imaju ovo pravo, tako i u pogledu karakteristika, odnosno kvaliteta ličnih veza koje su opredeljujuće za priznavanje ovog prava, uslovljava jedini mogući zaključak da je sadržina ovog prava samo određiva, ali ne i određena jednom i trajno. U teoriji se, polazeći od stava da priznanje prava na poštovanje porodičnog života nije uslovilo i prihvatanje njegove jedinstvene definicije upozorava da u ovakvom pristupu ima i određene drskosti tvoraca Konvencije, čak i dosta rizika, da ostavi neodređenim jedno lično pravo od izuzetne važnosti s obzirom na oblast odnosa iz koje potiče.⁶ Ipak, korektivni faktor, u ovim okolnostima, predstavlja činjenica da je poštovanje, odnosno zaštita ovog prava, u konačnoj instanci u nadležnosti međunarodnih organa, što je po-

⁵ Od početne zamisli u kojoj je osnovna obaveza bila konstruisana kao negativna, ova jednodimenzionalnost, premda vrlo logična konstrukcija obaveze za države po Konvenciji pokazala se u praksi nedovoljnom da u potpunosti zaštiti pravo na poštovanje porodičnog života (D. Popović, *Evropsko pravo ljudskih prava*, Beograd 2012, str. 73). Ili, kako se u teoriji, takođe, navodi vremenom se pokazalo da su negativne obaveze neadekvatne da obezbede efikasno ostvarivanje konvencijskih prava (D.J.Harris, M.O'Boyle, E.P. Bates, C. Buckley, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014, p. 504). I Sud je, u svojim odlukama, formulisao stav da je samo uzdržavanje država od intervencije nedovoljno da u potpunosti pruži zaštitu prava na poštovanje porodičnog života, pa je uz obavezu nečinjenja, uspostavljena i obaveza delovanja, odnosno preduzimanja konkretnih aktivnosti u cilju sprečavanja povrede ovog prava. Značaj pozitivnog delovanja države istaknut je u slučaju *Marckx v. Belgium* (No.6833/74 od 13. juna 1979) koji predstavlja prekretnicu u odnosu na pozitivne obaveze i, u neku ruku, ima revolucionarni karakter, a tiče se nepovoljnog položaja i diskriminacije dece rođene van braka u odnosu na decu koja su rođena u braku ili su usvojena. Nedugo zatim je Sud u predmetu *Airey v. Ireland* (No.6289/73 od 9. oktobra 1979., §25) istakao da ispunjenje obaveza u okviru Konvencije zahteva da u nekim okolnostima država ne može jednostavno ostati pasivna. Iako Sud nije usvojio opšti stav o pozitivnim obavezama mnogo je primera u kojima eksplicitno nalaže državama ugovornicama njihovo preduzimanje. Vid. npr., *X and Y v. the Netherlands*, No. 8978/80 od 26. marta 1985, §23; *Mikulić v. Croatia*, No.53176/99 od 7. februara 2002, §57; *Znamenskaya v. Russia*, No. 77785/01 od 2. juna 2005, §28; *Róžański v. Poland*, No. 55339/00 od 18. maja 2006, §60; *Paulík v. Slovakia*, No. 10699/05 od 10. oktobra 2006, §43; *Pawlik v. Poland*, No. 11638/02 od 19. juna 2007, §43; *Isaković Vidović v. Serbia*, No. 41694/07 od 01. jula 2014, §58.

⁶ Garantovanjem ovog prava Konvencija zapravo zahteva od država ugovornica da u širokom i unapred nedefinisanim krugu lica i vrsta ličnih veza poštuju takve veze i vrednost koju one imaju. Zato bi se moglo reći da pravo na poštovanje porodičnog života objedinjuje niz porodičnih instituta i najrazličitije sfere čovekovog porodičnog života, pa se odnosi koji ulaze u njegov okvir ne mogu jednom za svagda odrediti. Čak i u slučaju pokušaja sistematizacije ove vrste spisak bi svakako bio dug, ali verovatno ne i sveobuhvatan i konačan. Zbog toga i ostaje do kraja nejasno šta je sve u "paketu" "porodični život" sadržano što je, svakako, uslovilo izostanak sveobuhvatnog definisanja ovog pojma.

seban kvalitet. Nepostojanje jedinstvene definicije prava na poštovanje porodičnog života u Konvenciji svakako je posledica nepostojanja sveobuhvatnih teorijskih definicija pojmova "porodica" i "porodični život", odnosno široke lepeze ličnih odnosa koje ovi pojmovi mogu obuhvatiti. I Sud se, u svojoj praksi, vodi istom matricom neodređenosti unapred, odnosno odbija da ograniči zaštitu na određeni krug lica i njihovih uzajamnih veza, već procenu potrebe za zaštitom vrši "od slučaja do slučaja", s obzirom na faktičke okolnosti svake od pravnih stvari.

No, bez obzira na teškoće u definisanju prava na poštovanje porodičnog života polazni stav svakog takvog pokušaja mora biti da je to "pravo pojedinaca da žive zajedno i da razvijaju međusobne odnose".⁷ Ove odnose karakteriše stabilnost, osećanje pripadanja, uzajamna briga, posvećenost i emocionalna bliskost. Pri tome, kao zajednički imenitelj navedenih karakteristika porodičnih odnosa mogle bi se odrediti bliske lične veze (*close family ties*). One su činjenica od presudnog uticaja za postojanje ili nepostojanje porodičnog života,⁸ pa se pravi smisao konvencijske odredbe sadržane u čl.8 može otkriti utvrđenjem upravo ovog elementa kao određujućeg za postojanje/priznanje "porodičnog života".

Iako čl.8 ne predviđa posebne procesne garantije, praksa Suda vremenom ih je formulisala polazeći od čl.6 Konvencije i specifičnosti postupaka za zaštitu ovog prava. Reč je, zapravo, o procesnim jemstvima koja slede iz primene čl.6 Konvencije čije je poštovanje Sud na poseban, najčešće rigidniji način, tumačio, u odnosu na postupke zaštite drugih prava. Ovakav pristup posledica je neophodnosti da procesne garantije konvertiraju karakteru prava koje se štiti, odnosno značaju koje ono ima, posebnoj osetljivosti odnosa u kojima nastaje, ali i njegovih titulara.

Posebnost procesnopravnih garantija prava na poštovanje porodičnog života

Pravo na poštovanje porodičnog života, pored materijalnih, koje se svode na faktičko postojanje bliskih ličnih veza među licima, nesumnjivo ima i čisto procesnopravne implikacije. Procesna jemstva, normativno prihvaćena i stvarno primenjena, neophodna su kako bi se sprečila povreda prava na poštovanje porodičnog života, ili, neophodno je uspostaviti i primeniti efikasne procesne mehanizme kako bi se ovo, po mnogo čemu specifično pravo, odnosno njegovo

⁷ Z. Ponjavić, *Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i pravo na poštovanje porodičnog života*, Pravni život, 9/2003, str. 827.

⁸ M. Draškić, *Pravo na poštovanje porodičnog života u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Novo porodično zakonodavstvo (ur. Z. Ponjavić), Kragujevac 2006, str. 97.

poštovanje, garantovalo. Pri tome, zaštita pred nadležnim organima, najčešće sudovima, svakako je, kao i u slučaju ostalih ljudskih prava, posledica njegove povrede, ali i ugrožavanja. Procesna jemstva moraju biti srazmerna važnosti garantovanog prava, a ona koja potiču iz sfere ličnih odnosa svakako imaju potenciran značaj i u ovom smislu. Ova okolnost, pre svega, značajno utiče na položaj strana-ka u sudskim postupcima. Uz to, kada se odlučuje o posebno "osetljivim" okolnostima, nužnost prihvatanja i primene posebnog pristupa procesnim garantijama sasvim je razumljiva i opravdana, kako bi se sprečila mogućnost intervencije (postupanja/nepostupanja) trećih lica ili organa u odnosu na zaštićeno dobro - porodični život, odnosno kako bi se utvrdilo da li je intervencija u porodični život bila potrebna i proporcionalna.⁹

Procesnopravne garantije, odnosno procesna prava Konvencija generalno utvrđuje u čl.6 ("Pravo na pravično suđenje"), koje se u teoriji, sasvim opravdano, shvata kao "otelotvorenje pravne države".¹⁰ Naime, bez poštovanja ovog nema ni poštovanja bilo kog drugog ljudskog prava. Stoga se, upravo zbog važnog mesta koje pravo na pravično suđenje zauzima u demokratskim društvima, njegovo restriktivno tumačenje ne može opravdati.¹¹ Reč je o pravu koje, prema svojoj unutrašnjoj sadržini, nije jedinstveno, odnosno čini ga niz originernih i izvedenih prava: pravo na pristup sudu (*access to court*), pravo na pravnu pomoć (*legal aid and advice*); pravo na procesnu ravnopravnost (*equality of arms*, "jednakost oružja"); pravo na javno i kontradiktorno suđenje (*public hearing*); pravo na saslušanje (*fair hearing*); pravo na dokaz (*right to proof*); pravo na javnu objavu presuda (*public pronouncement of judgments*); pravo na sud ustanovljen zakonom (*tribunal established by law*); pravo na nezavisnost i nepristranost u suđenju (*impartiality and independence*); pravo na suđenje u razumnom roku (*reasonable time*); pravo na efikasno izvršenje presude (*effective enforcement*); zabranu arbitarnog postupanja (*arbitrariness*) i pravo na pravnu sigurnost (*legal certainty*).¹²

Implicitna jemstva iz čl. 6/1 Konvencije odnose se na sudske postupke pred nacionalnim sudovima, pa i kada se odlučuje o poštovanju prava na porodični život. Ovakav zaključak sledi kako u situacijama kada nacionalni pravni sistemi

⁹ Navedeno je potvrđeno i u praksi Suda. Vid. npr., *Case of Marckx v. Belgium*, No. 6833/74 od 13. juna 1979, §31; *Case of Brauer v. Germany*, No. 3545/04 od 28. maja 2009, §30; *Case of K and T v. Finland*, No. 25702/94 od 12. jula 2001, §150; *Case of Lebbink v. the Netherlands*, No. 45582/99 od 1. juna 2004, §36.

¹⁰ J. Simor, *Procedural aspects of convention rights*, Judicial Review, 4/2008, p. 235.

¹¹ M. Paunović, B. Krivokapić, I. Krstić, *Međunarodna ljudska prava*, Beograd 2013, str. 167.

¹² D.J. Harris, M. O'Boyle, C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London 1995, p. 164.

predviđaju izričito neposrednu zaštitu ovog prava (posebna tužba),¹³ tako i kada to nije slučaj. Povreda prava na poštovanje porodičnog života najčešće je u praksi povezana uz povredu nekih drugih konvencijskih prava, odnosno postoji korelacija konvencijskih prava, pa i mogući sticaj u njihovoj povredi. U ovom smislu posebno se u praksi Suda prepoznaje međuzavisnost čl. 6 i čl. 8, pa se, neretko, pri odlučivanju o povredi prava na poštovanje porodičnog života utvrđuje i povreda nekog od prava garantovanih čl. 6. No, razmatranje u ovom radu nužno moramo ograničiti na samo neka od njih.

Pravo na pristup sudu i pravo na besplatnog zastupnika

U cilju zaštite prava na poštovanje porodičnog života svakom licu se, pre svega, mora omogućiti pristup sudu. Tako, prema stavu Suda, bilo bi nezamislivo da čl. 6/1 detaljno utvrdi procesne garantije koje su na raspolaganju strankama u postupku, a da primarno ne zaštiti ono što stvarno omogućava korist od tih garantija, a to je pristup sudu.¹⁴ Kao osnovni element pravičnog suđenja, pravo na pristup sudu spada u kategoriju dužnosti država, čineći ujedno i početnu kariku u nizu prava zaštićenih čl. 6. Osnovni kvalifikativ prava na pristup sudu je njegova delotvornost.¹⁵ Jedan od načina njegove realizacije od posebnog značaja sa aspekta zaštite prava na poštovanje porodičnog života svakako je pravo na besplatnu pravnu pomoć.¹⁶ Iako, ovakva vrsta pomoći ne postoji *per se* u Konvenciji,¹⁷ od-

¹³ A.Uzelac, *Pravo na pošteno suđenje: opći i građanskopravni aspekti čl. 6. st. 1. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, Usklađenost hrvatskog zakonodavstva i prakse sa standardima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (ur. I. Radačić) Zagreb 2011, str. 90, dostupno na: http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A35Fair_trial_uskladenost%20zakonaCMS.pdf, 23.05.2016.

¹⁴ Na primer, u radnom tekstu Građanskog zakonika Republike Srbije (čl. 2541) predviđeno je da tužbu za zaštitu prava na poštovanje porodičnog života može podneti svako lice čije je pravo na poštovanje porodičnog života povređeno. Tužbom se može tražiti: utvrđenje da je tuženi povredio pravo tužioca na poštovanje porodičnog života; izvršenje radnji radi uklanjanja posledica povrede prava na poštovanje porodičnog života; zabrana daljeg izvršenja radnji koje predstavlja povredu prava na poštovanje porodičnog života tužioca, kao i naknada materijalne i nematerijalne štete nastale zbog povrede prava na poštovanje porodičnog života. Vid. Radni tekst Građanskog zakonika Republike Srbije sa alternativnim predlozima, Beograd 2015, dostupno na: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 25.05.2016.

¹⁵ *Golder v. the United Kingdom*, No. 4451/70 od 21. februara 1975., § 35.

¹⁶ Sud je navedeno potvrdio, npr., u odluci *Airey v. Ireland*, §26.

¹⁷ Vid. npr., *P, C and S v. the United Kingdom* (No. 56547/00 od 16. jula 2002.) gde je podnosiocima uskraćena besplatna pravna pomoć u postupku u kome se osporavaju njihova roditeljska prava prema detetu.

nosno nema izričite odredbe o opštoj obavezi država da obezbede besplatnu pravnu pomoć u građanskim sporovima,¹⁸ odredbu čl. 6/1 Sud u izvesnim slučajevima (koji se upravo tiču povrede čl.6/1, a u vezi čl. 8) tumači tako da uspostavlja obavezu država članica da obezbede ovu vrstu pomoći, odnosno zastupanje od strane advokata kada je neophodno. Ilustrativan je, tako, stav iz odluke Suda u slučaju *Airey v. Ireland*, donesene pre više od trideset pet godina, ali i dalje aktuelan. Iako se njime, pre svega, afirmiše obaveza države da zaštiti žrtve nasilja u porodici, od izuzetne je važnosti za uspostavljanje prakse Suda u odnosu na pravo na pristup sudu u kontekstu povrede prava na porodični život. U ovoj odluci, suprug podnositeljke predstavke bio je osuđivan za nasilje u porodici (zbog napada na podnositeljku) i trajno je napustio zajednički dom. Klasičan razvod braka u Irskoj je Ustavom bio zabranjen, a bračni partneri su imali, u određenim slučajevima, pravo da se sporazumeju o rastavi ili pak, da pred sudom zatraže rastavu. Muž podnositeljke predstavke nije želeo rastavu pa je ona, kako bi se zaštitila, ali i potvrdila činjenicu da odvojeno žive, iskoristila mogućnost da pokrene postupak pred nacionalnim sudom.

Međutim, u Irskoj je za rastavu bio nadležan Viši sud (*High Court*), koji je najnepristupačniji i to ne samo zbog toga što su naknade za zastupanje izuzetno visoke, već i zbog izuzetno složene procedure pokretanja postupka, naročito kada se to čini zahtevom, što je upravo slučaj rastave.¹⁹ Iako je u ovom postupku podnositeljka imala postulacionu sposobnost, odnosno nije bilo predviđeno obavezno zastupanje od strane advokata,²⁰ Sud je smatrao da bi ona bila u nepovoljnijem položaju ukoliko bi njenog supruga zastupao advokat, a nju ne. Bila bi, naime, onemogućena u efikasnom vođenju postupka uprkos pomoći koju sudija pruža strankama u sporu koje nemaju zastupnika.²¹ Podnositeljka predstavke nije imala sredstva za pokretanje ovog postupka, niti je uspela da angažuje advokata koji bi je zastupao bez naknade. Okolnosti slučaja uputile su Sud na zaklju-

¹⁸ *Del Sol v. France*, No. 46800/99 od 26 februara 2002, §20; *Essaadi v. France*, No. 49384/99 od 26. februara 2002., §30.

¹⁹ Pri donošenju odluke o tome da li je besplatna pravna pomoć neophodna za efikasan pristup sudu, Sud će uzeti u obzir konkretne činjenice i okolnosti svakog slučaja, u kontekstu značaja predmeta postupka za podnosioca predstavke; složenosti predmeta ili postupka, posebno kada je pravno zastupanje obavezno po zakonu i mogućnosti podnosioca predstavke da efikasno ostvari svoje pravo na pristup sudu. Pravo na pristup sudu nije apsolutno i može biti predmet ograničenja, pod uslovom da ne ograničava ili umanjuje pristup sudu na takav način da sama suština ovog prava bude dovedena u pitanje, zatim da ova vrsta ograničenja ima legitiman cilj, kao i da postoji razuman odnos proporcionalnosti između upotrebljenih sredstava i cilja koji se želeo postići. Vid. *Ashingdane v. the United Kingdom*, No.8225/78 od 28. maja 1985, §57.

²⁰ A. J. Shatter, *Family Law in the Republic of Ireland*, Dublin 1977, p.21.

²¹ *Airey v. Ireland*, §19 (b)

čak da nacionalni pravni sistem nije podnositeljki obezbedio dostupnost vođenja postupka u porodično-pravnim stvarima, odnosno da je država odgovorna za povredu prava na poštovanje porodičnog života podnositeljke time što joj nije obezbedila besplatno zastupanje od strane advokata i ispunila pozitivnu obavezu iz Konvencije.²²

Zaključak Suda u prethodnom slučaju da je povređen čl.6/1 Konvencije nije, međutim, uslovio i usvajanje opšteg stava Suda da se besplatna pravna pomoć, pa i pravo na besplatnog advokata mora obezbediti u svakom sporu povodom građanskih prava. Od države se, naime, samo očekuje da obezbedi da niko ne bude "sprečen ekonomskim preprekama u svome nastojanju da ostvari ili odbrani svoje pravo pred sudom".^{23/24} Ustanova besplatne pravne pomoći, ili u ovom slučaju konkretno besplatno zastupanje od strane advokata, samo je jedan od načina obezbeđivanja delotvornog prava na pristup sudu. Sud konstatuje da je u nekim slučajevima i sama mogućnost ličnog pojavljivanja na sudu, bez pomoći advokata, dovoljna garancija delotvornosti prava na pristup sudu, kao i da postoje drugi načini (npr. pojednostavljivanje postupka), a da čl. 6/1 ostavlja mogućnost državama da same izaberu sredstva za obezbeđivanje ovog prava.²⁵

²² Prema mišljenju Suda to potvrđuje i činjenica da je u svakom od 255 postupaka sudske rastave, pokrenutim u periodu od januara 1972. do decembra 1978., bez izuzetka, podnosiocze zah-teva zastupao advokat. Iz toga Sud zaključuje da mogućnost da se lice samo zastupa pred Višim su-dom ne pruža podnosiocu predstavke efikasno pravo pristupa. *Ibid.*, §24.

²³ Detaljnije o pravu na besplatnu pravnu pomoć u građanskopravnim predmetima vide-ti npr. u slučajevima *McVicar v. United Kingdom*, No. 46311/99 od 7. maja 2002.; *Bertuzzi v. France*, No. 36378/97 od 13. februara 2003.; *Steel and Morris v. the United Kingdom*, No. 68416/01 od 15. fe-bruara 2005.

²⁴ N. Petrušić, *Pravo na pristup pravdi u svetlu novog ZPP*, Pristup pravosuđu – instrumenti za implementaciju evropskih standarda u pravni sistem Republike Srbije, Niš 2007, str. 176.

²⁵ U Republici Srbiji nije ustanovljen celovit sistem besplatne pravne pomoći, odnosno nema posebnog zakona kakav, npr., postoji u nekim državama u okruženju. Vid. Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći Hrvatske, *Narodne novine*, br. 143/13; Zakon o besplatnoj pravnoj pomoći Crne Gore, *Službeni list Crne Gore*, br. 20/2011; Zakonu o besplatnoj pravnoj pomoći Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 120/08, 89/13, 63/14; Zakon o brezplačni pravni pomo-ći Republike Slovenije, *Službeni glasnik Republike Slovenije*, br. 48/2001, 50/2004, 96/2004-UPB1 i 23/2008, 15/2014, 19/2015; Zakon za besplatna pravna pomoš Republike Makedonije, *Služben ve-snik na Republika Makedonija*, br.161/09 i 185/11. Zakon o parničnom postupku Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 49/2013 - odluka US, 74/2013 - odluka US i 55/2014 u čl.170 pred-vida besplatnu pravnu pomoć u smislu prava na besplatnog punomoćnika ako je stranka potpu-no oslobođena od plaćanja parničnih troškova (čl. 168/2), ako je to nužno radi zaštite prava stran-ke, odnosno ako je propisano posebnim zakonom. Više o besplatnoj pravnoj pomoći uopšte videti kod N. Petrušić, *Sistem besplatne pravne pomoći*, *Pravni život*, 13/2008, str. 501-524; J. Čizmić, *O pružanju besplatne pravne pomoći*, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 1/2010 Suppl., str. 389-444; internet prezentaciju *Uporedna analiza mehanizama za pružanje beplatne pravne pomoći u*

Pravo na uvid u spise predmeta

Osim uskraćivanja prava na delotvoran pristup sudu, pravo na poštovanje porodičnog života može biti povređeno i usled nepoštovanja još jedne garantije pravičnog suđenja koja se odnosi na nemogućnost stranke da ima uvid u spise relevantne za vođenje konkretnog postupka. Tako je u predmetu *McMichael v. the United Kingdom*,²⁶ koji se odnosio na smeštaj deteta u hraniteljsku porodicu usled narušenog mentalnog zdravlja njegovih roditelja, Sud utvrdio da je država povredila prava iz čl.8 podnosioca predstave stoga što im nije dozvoljen uvid u dokumentaciju službe za socijalni rad koja je bila od posebne važnosti za vođenje postupka određivanja starateljstva nad detetom, odnosno da su time roditelji sprečeni da utiču na tok i ishod postupka, kao i procenu mogućnosti eventualnog ulaganja žalbe na odluku suda. Usled propusta u postupku pred prvostepenim, a zatim i drugostepenim nacionalnim sudom, Sud je konstatovao povredu prava na pravično suđenje uz istovremenu konstataciju povrede prava na poštovanje porodičnog života. Ali, dalekosežnija posledica ove odluke bila je da ova garantija iz čl.8 ne obuhvata samo upravni, nego i sudski postupak, pa, dakle, i kada se odlučuje o pravu na poštovanje porodičnog života.

Sud je često u svojim odlukama naglašavao značaj prava roditelja na dostupnost relevantnih informacija (činjenica) o deci.²⁷ Ilustrativan, u smislu uskraćivanja prava na saznanje o važnom dokazu u postupku, a time i onemogućavanje kontradiktornog raspravljanja je slučaj *T.P. and K.M. v. the United Kingdom*,²⁸ gde majci nije dozvoljen uvid u video snimak i transkript razgovora njene ćerke sa dečijim psihijatrom na osnovu koga joj je ona oduzeta pod sumnjom da je seksualno zlostavljana od strane majčinog partnera. U zaključku je ocenjeno da je propuštanje nacionalnih vlasti Velike Britanije da otkriju relevantnu dokumentaciju koja se odnosila na ovaj slučaj značilo da interesi roditelja nisu bili zaštićeni u meri koju nalaže čl. 8 Konvencije, pa je Sud utvrdio povredu prava na poštovanje porodičnog života.

I pored razlike u prirodi interesa zaštićenih članovima 6/1 i 8, važnost ciljeva koji se njima žele postići može, u svetlu određenih okolnosti, da opravda ispitivanje istog skupa činjenica na osnovu oba člana.²⁹ Drugim rečima, bez obzira na

regionu, 2014, dostupno na: [http://www.mdtfjss.org.rs/archive//file/Uparedna%20analiza%20sistema%20za%20pruzanje%20besplatne%20pravne%20pomoci%20u%20regionu\(1\).pdf](http://www.mdtfjss.org.rs/archive//file/Uparedna%20analiza%20sistema%20za%20pruzanje%20besplatne%20pravne%20pomoci%20u%20regionu(1).pdf), 24.05.2016.

²⁶ *Airey v. Ireland*, §26.

²⁷ *McMichael v. the United Kingdom*, No. 16424/90 od 24. februara 1995.

²⁸ *Kosmopoulou v. Greece*, No. 60457/00 od 5. februara 2004., §49, kao i *Fourkiotis v. Greece*, No. 74758/11 od 16. juna 2016, §59.

²⁹ *T.P. and K.M. v. the United Kingdom*, No. 28945/95 od 10. maja 2001.

razliku u pogledu sadržine zahteva za zaštitu prava iste činjenice mogu biti razmatrane u odnosu na moguću povredu prava iz oba člana.³⁰

Učešće stranaka u postupku

Učešće stranaka u postupku, neposredno ili preko zastupnika, u najtešnjoj je vezi sa načelom kontradiktornosti i u tom smislu je svakako i važna procesna garantija pravičnom postupanju. Stoga procesni zakoni, posebno oni koji regulišu materiju spornih postupaka, predviđaju učešće stranaka kao opšte pravilo, ali i opšte procesno pravo stranaka, uz istovremeno nametanje dužnosti sudu da obezbedi njegovo poštovanje. Naime, procesno pravo stranaka je da iznesu svoj stav o konkretnoj pravnoj stvari - činjenične navode, tvrdnje, zahteve i predloge, naročito predloge u odnosu na izvođenje dokaza, a obaveza suda je da omogućiti da stranke koriste ovo pravo. Tako se u odnosu na stranke, potreba učestvovanja i dužnost njenog obezbeđenja izdiže na nivo osnovnog principa svakog sudskog postupka.³¹ Pri tome treba istaći da nasuprot dužnosti suda da strankama omogućiti korišćenje procesnih ovlašćenja ne stoji njihova obaveza (dužnost, koja bi bila i sankcionisana) da takvu mogućnost koriste.³² Na to će ih, međutim, prisiliti nastojanje da postignu uspeh u sporu (postupku).

Pravo na učešće stranaka u postupku pred sudom, sadržano već u maksimi rimskog prava *audiatur et altera pars*, u značajnoj meri je unapređivano, pa i principima na kojima je zasnovana Konvencija,³³ ali i praksom Suda. Tako je, npr., formulisan stav da neuspeh nacionalnih vlasti da uključi roditelje u proces donošenja odluka u vezi sa decom do stepena dovoljnog da im pruži zaštitu njihovih interesa može voditi povredi prava na poštovanje porodičnog života.³⁴ Učešće podrazumeva mogućnost da se čuje njihovo mišljenje, odnosno da im se omogućiti iznošenje ličnog stava o određenom pitanju, a da bi njihov stav bio pravilno zasnovan i relevantan moraju biti obavešteni o svim okolnostima u vezi dece i o svim posledicama odluka koje se donose. Sve ovo neposredno utiče na

³⁰ *McMichael v. the United Kingdom*, § 91.

³¹ *Ibid.*, § 87. i 91.

³² Vid. u tom smislu B. Blagojević, *Načela privatnog procesnog prava*, Beograd 1936, str. 351.

³³ S. Triva, M. Dika, *Građansko parnično procesno pravo*, Zagreb 2004, str. 154.

³⁴ N. Bodiroga, *Član 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i izvršni postupak Srbije*, Pravni kapaciteti Srbije za evropske integracije (ur. S. Lilić), Beograd 2007, str. 135.

ostvarenje šireg cilja – zaštitu porodičnog života.³⁵ Pravo na poštovanje porodičnog života može biti povređeno i zbog neučestvovanja roditelja lišenog poslovne sposobnosti u postupku priznanja očinstva,³⁶ zatim kada roditelji nisu saslušani u postupku lišenja roditeljskog prava,³⁷ u postupku odlučivanja o oduzimanju deteta i davanju na usvajanje,³⁸ odnosno usvajanje bez znanja i pristanka roditelja³⁹ ili oduzimanja od roditelja i smeštaj deteta u hraniteljsku porodicu.⁴⁰

Ipak, roditelji neće biti uključeni u proces donošenja odluka koje se tiču deteta u situacijama kada su upravo oni neposredna pretnja detetu i ozbiljno ugrožavaju njegove interese. Pri tome je, prema stavu Suda, potrebno postojanje čvrstih argumenata koji ukazuju na “neophodnost” donošenja odluke kojom se, bez njihovog učešća, roditeljima npr., oduzima pravo na porodični život sa decom, a takav argument je uvek “najbolji interes deteta” (*best interest of the child*), koji je, i u njegovoj praksi, etabliran kao rukovodno fundamentalno načelo. Pored procene “najboljeg interesa deteta” u isključenju roditelja, Sud je uvažavao i razlog hitnosti odlučivanja, kao i mentalni ili fizički invaliditet roditelja.⁴¹ Država, pri tome, uvek mora i dokazati da za mere koje je bez učešća roditelja preduzela nije postojala nikakva alternativa,⁴² odnosno one moraju biti opravdane konkretnim okolnostima.

Pored roditelja pravo da učestvuje u postupku ima i dete. Bez obzira na često nedefinisan procesni položaj deteta u postupcima iz porodičnopravnih odnosa, pa i kod nas, njemu/njoj se u nacionalnim pravnim sistemima po pravilu daje mogućnost (nekada je to i obaveza) da bude saslušano u postupcima koji se tiču njegovih prava.⁴³ Tako, npr., stav deteta u pogledu kontakta, odnosno održava-

³⁵ Vid. npr., *Sommerfeld v. Germany*, No. 31871/96 od 8. jula 2003, §66,68; *Havelka and Other v. the Czech Republic*, No. 23499/06 od 21. juna 2007, §62; *Haase v. Germany*, No. 11057/02 od 8. aprila 2004., § 94; *Hoppe v. Germany*, No. 28422/95 od 5. decembra 2002., § 52.

³⁶ Tako je u slučaju *Kosmopoulou v. Greece* Sud utvrdio da podnositeljka predstavke nije učestvovala u procesu odlučivanja, pa stoga nije uživala odgovarajuće procesne garantije koje bi joj omogućile da delotvorno ospori odluku o suspendovanju njenih prava na posećivanje deteta.

³⁷ *Krušković v. Croatia*, No. 46185/08 od 21. juna 2011.

³⁸ *Kutzner v. Germany*, No. 46544/99 od 26. februara 2002.

³⁹ *P.C. and S. v. the United Kingdom*, No. 56547/00 od 16. jula 2002.; *X v. Croatia*, No. 12233/04 od 17. jula 2008.

⁴⁰ *Keegan v. Ireland*, No. 16969/90 1994 od 26. maja 1994.; *K.A.B v. Spain*, No. 59819/08 od 10. aprila 2012.

⁴¹ *Venema v. the Netherlands*, No. 35731/97 od 17. decembra 2002.

⁴² *W. v. the United Kingdom*, No. 9749/82 od 8. jula 1987, §64.

⁴³ Interights priručnik za pravnike - pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj povelji o ljudskim pravima (član 8), 2006, str. 87, dostupno na: www.helsinki.org.rs/

nja ličnih odnosa sa roditeljem sa kojim ne živi značajno utiče na pravo na poštovanje porodičnog života.⁴⁴ Ipak, participaciju ne treba shvatiti kao neograničenu slobodu deteta, već samo kao polazište za aktivno uključivanje dece u postupcima u kojima su predmet njihova garantovana prava. Mišljenje deteta ne bi trebalo da bude jedini faktor koji sudovi uzimaju u obzir, faktor sa snagom "bezuslovnog veta".⁴⁵

*Nepoštovanja razumnog roka – uticaj na zaštitu prava
na poštovanje porodičnog života*

Nesporno je da je pravo na suđenje u razumnom roku⁴⁶ neodvojivi element prava na pravično suđenje kojim se garantuje postupak bez nepotrebnog odugovlačenja, odnosno uz poštovanje rokova i drugih procesnih instrumenata uspostavljenih nacionalnim zakonima u ovom cilju. Kao derivat prava na sudsku zaštitu, pravo na suđenje u razumnom roku ostvaruje se, sasvim sigurno, pravilnom primenom utvrđenih pravila postupka koja sadrže garantije efikasnosti. Odredba čl.6, opšte je poznato, ne predviđa egzaktno trajanje postupka pred nacionalnim

hrlawyers/archives/files/sem3_clan8.doc, 01.06.2016.

⁴⁴ Konvencija o pravima deteta, odredbom čl.12, predviđa da dete ima pravo da u svim sudskim i administrativnim postupcima koji se odnose na njega iznese svoje mišljenje na način koji je u skladu sa uzrastom i sposobnošću rasuđivanja, neposredno, preko zastupnika ili odgovarajućeg organa. Značajno je u tom smislu pomenuti i Evropsku konvenciju o ostvarivanju dečijih prava (posvećenu u suštini procesnim pravima dece, posebnim mehanizmima zaštite prava dece u sudskim i postupcima pred administrativnim organima) u kojoj se, odredbom čl.3, garantuje pravo deteta na informisanost i izražavanje sopstvenih pogleda u postupku. I Komitet ministara Saveta Evrope je, imajući u vidu da deca na mnogo različitih načina dolaze u kontakt sa pravosudnim sistemima država članica, usvojio Smernice o pravosuđu naklonjenom deci (*child-friendly justice*), u kojima je upravo participacija prepoznata kao osnovni princip, čime se dokazuje da uzrast nije prepreka da dete ostvari svoja prava, str. 17-18, 51-53, dostupno na: <https://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdcj/CDCJ%20Recommendations/GuidelinesChild-FriendlyJusticeE.pdf>, 01.06.2016.

⁴⁵ Vid. npr., *Suss v. Germany*, No.40324/98 od 10. novembra 2005.; *Sommerfeld v. Germany*; *Kaleta v. Poland*, No. 11375/02 od 16. decembra 2008.

⁴⁶ Reč je o međunarodnom standardu i stoga i neodređenom pojmu za koji se pokušaji definisanja svode, opet, na korišćenje nedovoljno određenih činilaca, pa tako, npr., Lj. Milutinović (*Zaštita prava na suđenje u razumnom roku u sudskom postupku*, Beograd 2015, str. 24, dostupno na: http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/attachments/Publikacija_Zastita_prava_na_sudenje_u_razumnom_roku_u_sudskom_postupku.Pdf, 02.06.2016.) navodi: "Razuman rok je onaj vremenski period koji je optimalno potreban da se otkloni pravna neizvesnost o postojanju nekog prava ili da se otkloni sumnja o osnovanosti optužbe protiv nekog lica".

sudom koje predstavlja “razuman rok”, ali je Sud u postupku tumačenja i primene Konvencije definisao kriterijume na osnovu kojih se on procenjuje.⁴⁷

Pravo na suđenje u razumnom roku u protekloj deceniji je najviše kršeno ljudsko pravo u svim državama ugovornicama.⁴⁸ Razuman rok, kao najkraći u kome treba da se sprovede postupak i odluči, a da ovakav pristup ne bude kontra utvrđivanju relevantnih (pravnoopredeljujućih) okolnosti i pravilnoj primeni prava, od posebne je važnosti upravo u situacijama kada je tangiran porodični život, odnosno povređeno ili ugroženo pravo na poštovanje porodičnog života, s obzirom na to da protek vremena može biti od odlučujućeg uticaja na vršenje ovog prava, ali i na “osetljivu” prirodu odnosa iz kojih samo pravo nastaje. Dopunu ovakvog rezonovanja svakako čini i to da su u odnose ili veze iz kojih nastaje ovo pravo najčešće involvirana i deca, odnosno maloletna lica kao posebno osetljive, ranjive osobe. Stoga se efikasno postupanje zahteva u predmetima koji se tiču odnosa deteta i roditelja koji ne živi sa njim/njom, a koji su, zapravo primer postupaka u kojima je često dužina trajanja povezana uz promenu okolnosti i nastupanje nepopravljivih posledica,⁴⁹ pa se odluke ove vrste moraju donositi brzo (tzv. *speedy decision*).⁵⁰

Takođe, od suštinskog je značaja rešavanje bez odugovlačenja u postupcima u kojima se, na primer, odlučuje o utvrđivanju očinstva, vršenju roditeljskog prava i održavanju ličnih odnosa sa detetom. Uz to, podjednako je važno i blagovremeno izvršenje sudskih odluka ove vrste, s obzirom da neuspeh u nastojanju da se

⁴⁷ Kriterijumi koje Sud primenjuje s obzirom na konkretne okolnosti svake pravne stvari pojedinačno su: obim i složenost predmeta, odnos suda prema brzini rešavanja slučaja, ponašanje stranaka, značaj brzine okončanja postupka za stranke. Na ove kriterijume uspostavljene u praksi Sud se poziva u nizu svojih odluka, npr. *Frydlender v. France*, No. 30979/96 od 27. juna 2000., §43; *Comingersoll S.A. v. Portugal*, No. 35382/97 od 6. aprila 2000, §19; *Silva Pontes v. Portugal*, No. 14940/89 od 23. marta 1994., §39.

⁴⁸ Nacionalni pravni sistemi usvajaju različite modele zaštite ovog prava. Praksa Suda pokazuje da je najdelotvornije kombinovanje tzv. kontrolnog zahteva, odnosno zahteva za ubrzanje postupka i zahteva za pravično zadovoljenje. Srbija je, uz još neke države u okruženju, donela poseban zakon o zaštiti ovog prava. Vid. Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku, *Službeni glasnik RS*, br. 40/2015, zatim slovenački Zakon o varstvu pravice do sojenja brez nepotrebnega odlašanja, *Uradni list RS*, št. 49/2006, št.117/2006-ZDoh-2, 58/2009, 30/2010 Odl. US: U-I-207/08-10, Up-2168/08-12, kao i Zakon o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku Crne Gore, *Službeni list CG*, br. 11/2007.

⁴⁹ *Karadžić v. Croatia*, No. 35030/04 2005 od 15. decembra 2005., §62.

⁵⁰ *M.A. v. Austria*, No. 4097/13 od 15. januara 2015., § 82.

ove odluke i realizuju u razumnom roku takođe vodi povredi prava na poštovanje porodičnog života.⁵¹

ZAKLJUČAK

Pravo na poštovanje porodičnog života jedno je od osnovnih ljudskih prava, ali i prava proisteklih iz, posebno osetljivih, porodičnih veza i odnosa. Član 8 Konvencije, kojim je ovo pravo garantovano, ne sadrži posebne procesne garantije za sudske postupke u kojima se odlučuje o njegovoj povredi. Ipak, u okviru primene čl. 6/1 Konvencije, kojim je garantovano pravo na pravično suđenje, Evropski sud za ljudska prava je, u dugotrajnoj i bogatoj praksi, prepoznao i priznao niz takvih garantija, odnosno potencirao je značaj pojedinih garantija pravičnog suđenja u zaštiti prava na poštovanje porodičnog života. Naime, lična priroda prava i obaveza u oblasti porodičnih odnosa, značaj koji ona imaju, a naročito složenost ovih odnosa kojima doprinosi činjenica da su njihovi učesnici najčešće i deca, ukazuje na potrebu rigidnijeg pristupa u tumačenju i praktičnoj primeni jemstava iz čl. 6, što Sud svojim pristupom i potvrđuje. Tako je, npr. izdvojeno pravo na besplatnog zastupnika advokata kojim se realizuje pravo na pristup sudu. Zatim, u postupcima u kojima država interveniše u porodični život potencirano je pravo članova porodice na uvid u spise – dokaze relevantne za vođenje konkretnog postupka, kako bi se mogli kompetentno uključiti u postupak u kojem se odlučuje o (ne)poštovanju njihovog porodičnog života. Učešće dece u postupku u kome se odlučuje o njihovom statusu ili pravima, odnosno pravo participacije, takođe je specifična procesna garantija povezana uz princip postupanja svih u “najboljem interesu deteta”. Takođe, nepoštovanje razumnog roka za donošenje (i izvršenje) odluke, koje može imati neotklonjive štetne posledice na očuvanje porodičnog života u praksi Suda se, kao i ostale garantije iz čl. 6/1 rigidno tumači.

⁵¹ Vid. npr., *Hokkanen v. Finland*, No. 19823/92 od 23. septembra 1994; *Ignaccolo-Zenide v. Romania*, No. 31679/96 od 25. januara 2000.; *Mihailova v. Bulgaria*, No. 35978/02 od 12. januara 2006; *V.A.M. v. Serbia*, No. 39177/05 od 13. marta 2007; *Tomić v. Serbia*, No. 25959/06 od 26. juna 2007; *Felbab v. Serbia*, No. 14011/07 od 14. aprila 2009; *Kuppinger v. Germany*, No. 62198/11 od 15. januara 2015.; *Ribić v. Croatia*, No. 27148/12 od 2. aprila 2015.

DUŠICA PALAČKOVIĆ, LL.D.,

Professor, Faculty of Law University of Kragujevac

SANDA ČORAC, LL.M.,

Ph.D. candidate, Faculty of Law University of Kragujevac

PROCEDURAL GUARANTEES OF THE RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE

- Practice of European court of human rights -

Summary

This paper analyzes the specifics of the process guarantees of the right to respect for family life under Article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms associated with the application of Article 6, which regulates the right to a fair trial. Although this article provides general procedural guarantees for all civil and criminal proceedings, special features in its use in court proceedings relating to the right to respect for family life are formulated in the European Court of Human Rights. The personal nature of the rights and obligations in the area of family relations, the importance that they have, in particular, the complexity of these relationships that contribute to the fact that their participants mostly are children, points to the need strict approach to the assessment of standardization and practical application of the guarantees of Article 6, what Court confirms in practice. The standards contained in this article are numerous and analyzing all the aspects of protection of the right to respect for family life was not possible in the work of this size and therefore, special attention is given to the right to access to court, or the parameters of the law, free representation as a form of free legal aid, then the principle of contradiction, the necessity to provide access to the files relevant to the conduct of the proceedings, in particular demonstrate and the right to trial within a reasonable time.

PRAVO DETETA NA JEDNAKOST – ZABRANA DISKRIMINACIJE

U V O D

Sistem ljudskih prava utemeljen je na principu jednakosti, odnosno nediskriminaciji kao opštem uslovu za uživanje svih ljudskih prava. Načelo jednakosti konkretizuje se kao zabrana diskriminacije, pa otuda, osnovna moralno-pravna dominantna u međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima jeste pravo na zaštitu od diskriminacije.¹

Zabrana diskriminacije² odnosno zabrana nejednakog postupanja u odnosu na lica među kojima postoje rasne, nacionalne, verske, polne ili klasno-staleš-

Dr Olga Jović-Prlainović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini, sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

¹ Videti čl. 2. i čl. 7. Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima; čl. 2. st. 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima; čl. 2. st. 2. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima; čl. 1. i čl. 2. Međunarodne konvencije o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije; čl. 1, 2, 4, 7 i 8. Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije prema ženama; čl. 2. Konvencije o pravima deteta; čl. 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima; čl. 2. st. 1. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima; čl. 2. st. 2. Međunarodnog pakta o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima; čl. 1. i čl. 2. Međunarodne konvencije o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije; čl. 1, 2, 4, 7 i 8. Konvencije o eliminaciji svih oblika diskriminacije prema ženama; čl. 2. Konvencije o pravima deteta.

² Videti Pravna enciklopedija, Prosveta, Beograd 1986, str. 222. Diskriminacija može biti čisto društvena i pravna. Ova druga vrsta diskriminacije je dosta retka, dok je društvena diskriminacija češća i vrši se ne samo u onoj oblasti koja nije pravno regulisana, već i protivno pravnim propisima.

kerazlike, ili drugi slični osnovi, koja ima za cilj ili posledicu ugrožavanje ili onemogućavanje uživanja ljudskih prava i osnovnih sloboda, osnov je ostvarivanja svih ljudskih prava. Sa pravnog aspekta posmatrano, pojam *diskriminacija* ima negativno značenje nedozvoljenog razlikovanja. U oblasti ljudskih prava, diskriminacija predstavlja razlikovanje u pogledu posedovanja i obima prava koje nije dozvoljeno zbog osnova i načina razlikovanja.³ Princip nediskriminacije je determinisan idejom da svim ljudskim bićima treba biti omogućeno da uživaju svoja prava bez obzira na urođeno (rasa, pol, nacionalno i socijalno poreklo, rođenje) ili stečeno obeležje (političko ili drugo uverenje). Za razliku od urođenih osobina koje ljudsko biće ne stiče svojom voljom i koje ga čine pripadnikom neke šire grupe, stečene osobine nisu objektivno date, međutim, ulaze u spisak zabranjenih osnova diskriminacije iz dva razloga: prvo, one su rezultat korišćenja čovekovog prava da se slobodno opredeljuje, a drugo, u mnogim sredinama to su česti i neopravdani osnovi za diskriminaciju.⁴

U ovom radu predmet istraživanja usmeren je prema univerzalnim, regionalnim i nacionalnim antidiskriminacionim pravnim okvirima koji imaju za cilj uspostavljanje i unapređenje pravne zaštite dece od diskriminacije.

PRAVO DETETA NA NEDISKRIMINACIJU I KONVENCIJA UN O PRAVIMA DETETA

U oblasti ljudskih prava deteta, kao što je poznato, Konvencija UN o pravima deteta (1989)⁵ je najsveobuhvatniji međunarodni ugovor, vrednosni okvir u kojem su prava deteta izgrađena na univerzalno prihvaćenoj ideji o stvaranju preduslova za ostvarivanje ljudskih prava svakog pojedinca bez obzira na uzrast.

Prava predviđena Konvencijom UN o pravima deteta i njihovo ostvarivanje uslovljeno je zadovoljenjem četiri osnovna principa⁶ koji sunužan uslov za pot-

³ 3Videti Dimitrijević V., Paunović M., Đerić V., Ljudska prava, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd 1997, str. 185 i dalje.

⁴ 4Isto.

⁵ Konvencija UN o pravima deteta, "Službeni list SFRJ-Međunarodni ugovori", br. 15/90 i "Službeni list SRJ-Međunarodni ugovori", br. 4/96 i 2/97. Republika Srbija je po osnovu sukcesije od 2001. godine članica Konvencije o pravima deteta i oba njena protokola - Fakultativni protokol o prodaji dece dečjoj prostituciji i dečjoj pornografiji uz Konvenciju o pravima deteta i Fakultativni protokol o učešću dece u oružanim sukobima uz Konvenciju o pravima deteta u julu 2002. godine ("Službeni list SRJ", br. 7/2002). Republika Srbija preuzela je obavezu da, u skladu sa članom 44. Konvencije, podnosi Komitetu za prava deteta inicijalni i periodične izveštaje o načinu primene Konvencije i opcionih protokola uz nju i poštovanju zagarantovanih prava deteta.

⁶ Videti Vučković-Šahović N., Prava deteta i međunarodno pravo, Jugoslovenski centar za prava deteta, Beograd, 2000, str. 85. Komitet za prava deteta je zauzeo stav da prava iz četiri člana Kon-

punu primenu svakog posebno propisanog prava. Pravo na život, opstanak i razvoj; pravo na nediskriminaciju; najbolji interes deteta; uvažavanje mišljenja deteta, afirmišu i prava u njima sadržana koja se ostvaruju i neposredno kao posebna prava. Za ocenu stanja prava deteta u određenoj državi članici važno je utvrditi da li su prava obezbeđena bez diskriminacije, odnosno da li se deca u istim okolnostima tretiraju na isti način.⁷ Otuda države članice ove konvencije imaju obavezu da detetu pruže zaštitu od svih oblika diskriminacije, tj. države ne smeju da krše bilo koje pravo već moraju preduzeti mere za unapređenje ovog principa i prava i u njemu sadržanog. Prava deteta, dakle, pripadaju svoj deci bez izuzetka, a država je obavezna da pruži zaštitu od bilo kog oblika diskriminacije. To nesumnjivo proizilazi iz sadržine odredbe čl. 2. koji glasi: "Države članice ove konvencije poštuju i obezbeđuju prava sadržana u konvenciji svakom detetu pod njihovom jurisdikcijom, bez ikakve diskriminacije i bez obzira na rasu, boju kože, pol, jezik, veroispovest, političko ili drugo ubeđenje, nacionalno, etničko ili socijalno poreklo, imovno stanje, onesposobljenost, rođenje ili drugi status deteta ili njegovog roditelja ili staratelja. Države članice preduzimaju sve potrebne mere kako bi se obezbedila zaštita deteta od svih oblika diskriminacije zasnovane na statusu, aktivnostima, izraženom mišljenju ili ubeđenju roditelja, zakonskog zastupnika ili članova porodice deteta."⁸ Odredba ovog člana konvencije ukazuje na razlike u pristupu pojedinom detetu, a svoj puni smisao dobija u sprečavanju diskriminacije dece kao grupe. Budući da pojam *diskriminacija* podrazumeva razlikovanje koje ima za cilj ili rezultat poništavanje ili osujećivanje priznavanja, uživanja ili vršenja prava i sloboda od strane svih ljudi na jednakoj osnovi, to ne podrazumeva identičan tretman u svakom pojedinačnom slučaju.⁹

Dinamika svih odredbi Konvencije o pravima deteta promoviše zaštitu dece od lošijeg, odnosno nepovoljnijeg položaja od pravnog položaja odraslih. Prava dece kao ljudska prava priznata su i zaštićena na poseban način, putem specijalnih međunarodnih dokumenata. Analogno tome, svakom detetu moraju biti pri-

vencije predstavljaju osnovne principe: Pravo na nediskriminaciju (čl. 2); Pravo na poštovanje najboljih interesa deteta (čl. 3); Pravo na život, opstanak i razvoj (čl. 6); Pravo na participaciju (čl. 12).

⁷ Videti Vučković Šahović N, Petrušić N, Prava deteta, Pravni fakultet u Nišu, Niš 2015, str. 82.

⁸ Videti čl. 2. Konvencije UN o pravima deteta.

⁹ Videti Hammarberg T., Belembaogo A., Proaktivne mere protiv diskriminacije, Godišnjak, Almanac, JDPD, Beograd 2000, str. 157-158. Komitet za ljudska prava (ugovorno telo obrazovano Paktom o građanskim i političkim pravima, 1966) kao autoritativno međunarodno telo je definisalo diskriminaciju na ovaj način zasnivajući svoj stav na činjenici da potpuna jednakost u društvu neće nikada preovladati. Ali, ako razlike zbog diskriminacije ne budu kompenzovane na neki način, neće biti jednakih mogućnosti, kako se to zahteva u međunarodnim instrumentima o ljudskim pravima.

znata prava u domenu njegovih ljudskih, individualnih, kolektivnih, građanskih, političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih interesa, u zavisnosti od razvojnih mogućnosti. Time se, zapravo, isključuje diskriminacija deteta kao ljudskog bića zbog njegove pripadnostigrupi tzv. "nedovršenih ljudi".¹⁰ Ipak, zbog zavisnosti dece od psihološke i emotivne brige odraslih, jasno je da se deca ne mogu tretirati na isti način kao odrasli ljudi, nego na poseban način. Poseban odnos prema uređenju prava deteta determinasan je činjenicom da su deca lica koja imaju pravnu, ali ne i poslovnu sposobnost.

Kada govorimo o ostvarivanju prava deteta često je prisutna dvostruka povreda prava: zbog statusa (jer je dete) i/ili zato što je dete koja imaju drugačiju boju kože, zato što je imigrant, zbog invaliditeta, pola, jezika, veroispovesti.¹¹ Princip nediskriminacije podrazumeva da se ne može različito postupati u dve identične situacije, bez opravdanog razloga. Analizom teksta Konvencije o pravima deteta očigledno je da je princip nediskriminacije inkorporisan i u odredbe kojima su garantovana sva druga prava deteta. Značajno je da ovaj član zahteva od strana ugovornica da poštuju i obezbede prava za svu decu, pri čemu je akcenat stavljen na poštovanje prava tj. zaštitu od kršenja prava deteta od strane drugih, i obezbeđivanju potpunog ostvarivanja prava. Druga kategorija obaveza država (zaštita od kršenja ljudskih prava od strane drugih) je važno da pravo pojedinca ne bude diskriminisano. To znači da svaka vlada u sklopu svojih aktivnosti mora da promoviše zakone i pravila protiv diskriminacije i da se stara o njihovom sprovođenju, te da preduzme dodatne korake i mere za smanjivanje nejednakosti.¹² Vlade imaju odgovornost da se suprotstave diskriminaciji i u privatnoj sferi, proširivanjem kruga zabrane diskriminacije u odnosu na roditelje, staratelje ili druge članove porodice.¹³

EVROPSKI OKVIRI ZABRANE DISKRIMINACIJE

Problem diskriminacijeuopšte, pa i diskriminacije dece,prisutan je i na evropskom nivou, zbog čega postoji realna potreba za unapređenjem prava zaštite

¹⁰ Videti Vučković-Šahović N., Prava deteta i međunarodno pravo, nav. delo, str. 29.

¹¹ Videti Vučković Šahović N, Petrušić N, Prava deteta,nav.delu, str. 84.

¹² 12Isto.

¹³ 13 Zabrana diskriminacije po ovom osnovu propisana je sa ciljem da izbegavanja situacije u kojima se dete, iz razloga što mu je otac u nemilosti stranke na vlasti, ili što mu je neki bliži rođak proglašen za državnog neprijatelja, biva izbacivano iz škole, hapšeno, mučeno, i u ekstremnim slučajevima ubijeno. U odnosu na ovaj osnov zabrane diskriminacije samo su tri države izjavile rezervu: Bahami, Kolumbija i Tunis. Videti Vučković-Šahović N., Prava deteta i međunarodno pravo,nav. delo, str. 105.

od diskriminacije u svim državama Evrope. Tome u prilog govore i praksa Evropskog suda za ljudska prava koji je formiran od strane Saveta Evrope. Intenzivno nastojanje da se zaštite ljudska prava imalo je za posledicu usvajanje mnogobrojnih dokumenata koji sadrže antidiskriminacione propise i nadzorna tela za poštovanje propisanih standarda.¹⁴

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (1950) je veomavažan dokument Saveta Evrope.¹⁵ Odredbom čl. 14. Evropske konvencije o ljudskim pravima predviđeno je da uživanje konvencijskih prava i sloboda treba omogućiti bez diskriminacije po bilo kom osnovu. Odredbom zabrani diskriminacije je, po svojoj prirodi, akcesorna jer garantuje jednako postupanje samo u odnosu na prava i slobode priznatih Konvencijom.¹⁶ Evropski sud za ljudska prava susreće se sa izazovom primene Protokola 12 (iz 2000. godine) uz Konvenciju o ljudskim pravima propisuje zabranu diskriminacije na opšti način, obavezujući države članice da svima koji su pod njenom jurisdikcijom obezbedi ostvarivanje

¹⁴ Videti Z. Meškić, S. Pürner, Značaj teme “zaštita od povrede ljudskih prava i diskriminacije” u Praktični uvod u evropske standarde protiv diskriminacije, Beograd 2013, str. 23.

¹⁵ Videti Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom br. 11 i Protokola br. 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i Prvi protokol uz nju, Protokola br. 6, Protokola br. 7, Protokola br. 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola br. 13, “Službeni list SCG-Međunarodni ugovori”, br. 9/03, 5/05 i 7/05-ispr. i “Službeni glasnik RS-Međunarodni ugovori”, br. 12/10. Tekst Konvencije sadrži izmene u skladu sa odredbama Protokola br. 14 (CETS br. 194) od dana njegovog stupanja na snagu 1. juna 2010. godine. Zabrana diskriminacije je osnovni princip ostalih dokumenata Saveta Evrope: Konvencija o sprečavanju mučenja i nečovečnih ili ponižavajućih postupaka i kažnjavanja, izmenjena i dopunjena Protokolom 1 i Protokolom 2 uz Konvenciju, “Službeni list SCG-Međunarodni ugovori”, br. 9/2003; Revidirana Evropska socijalna povelja, “Službeni glasnik RS”, br. 42/09; Konvencija o zaštiti ljudskih prava i dostojanstva ljudskog bića u pogledu primene biologije i medicine (Konvencija o ljudskim pravima i biomedicini), “Službeni glasnik RS”, br. 12/10; Okvirna Konvencija za zaštitu nacionalnih manjina, “Službeni list SRJ-Međunarodni ugovori”, br. 6/98; Konvencija SE o borbi protiv trgovine ljudima, “Službeni glasnik RS-Međunarodni ugovori”, br. 19/2009; **Konvencija SE o sprečavanju i borbi protiv nasilja nad ženama i nasilja u porodici, “Službeni glasnik RS-Međunarodni ugovori”, br. 012/13; Preporuka Komiteta ministara SECM/Rec(2010)5 o merama za borbu protiv diskriminacije na osnovu seksualne orijentacije ili rodnog identiteta, koju je Komitet ministara usvojio 31. marta 2010. godine; Evropska povelja o regionalnim ili manjinskim jezicima, “Službeni list SCG-Međunarodni ugovori” br. 18/05, i dr.**

¹⁶ Odredba čl. 14. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda ne može biti primenjena ako nije uzeta zajedno sa odredbom drugog konvencijskog člana. Primera radi, u slučaju Rasmussen v Denmark 8777/79 (www.bgcenar.org.rs/documents/RASMUSEN%20v.%20Danska.doc) od 28. novembra 1984. godine, jasno je istaknuto da čl. 14. dopunjuje druge suštinske odredbe Konvencije. Drugim rečima, nema samostalno značenje pošto je delotvoran jedino u vezi sa uživanjem prava i sloboda koji su garantovani tim odredbama i ne može biti primenjen ako činjenice o kojima je reč ne potpadaju pod jednu ili više propisanih odredi.

prava, bilo da su predviđena Konvencijom ili ne, bez diskriminacije po bilo kom osnovu, kao što je pol, rasa, boja kože, jezik, veroispovest, političko ili drugo mišljenje, nacionalno ili socijalno poreklo, povezanost s nekom nacionalnom manjinom, imovina, rođenje ili drugi status (čl. 1. Protokola broj 12).¹⁷ Cilj donošenja ovog Protokola je jačanje zaštite od diskriminacije koja je ključni faktor za ostvarivanje zaštite ljudskih prava.

U praksi Evropskog suda za ljudska prava odredba ovog člana, kako je već napomenuto, nema apsolutni karakter.¹⁸ Tako, primera radi, u presudi *HoffmanvAustria*,¹⁹ Sud je istakao da kod uživanja prava i sloboda zajemčenih Konvencijom član 14. pruža zaštitu protiv različitog tretmana koji nema objektivnog ili razumnog opravdanja za lica koja se nalaze u sličnim situacijama: "... razlika u tretmanu je diskriminatorna s obzirom da za nju nema "objektivnog i razumnog opravdanja", tj. ona nije opravdana "legitimnim ciljem", pa samim tim ne postoji "opravdani odnos proporcionalnosti između primenjenih sredstava" i cilja čijem se ostvarenju težilo."²⁰ Zato, na prvom mestu, treba utvrditi da li postoje razlozi na osnovu kojih se podnosilac predstavke poziva da postoji drugačiji tj. diskriminišući tretman.

Sa namerom da svojim politikama utiču na ljudska prava, EU i države članice usvojile su 2000. godine Povelju Evropske unije o osnovnim pravima²¹ kojom su zagarantovana građanska, politička, ekonomska i socijalna prava: dostojanstvo, slobode, *jednakost*, solidarnost, prava građana i pravda, a pravno je obavezujuća

¹⁷ Videti presudu u Evropskog suda za ljudska prava u slučaju Vučković i drugi protiv Srbije, br. 17153/11..., od 25. marta 2014. godine, <http://www.zastupnik.mpravde.gov.rs/lt/articles/presude/u-odnosu-na-rs/presuda-velikog-veca-evropskog-suda-za-ljudska-prava-u-predmetu-vuckovic-i-29-drugih-protiv->

¹⁸ 18. čl. 14 Evropske konvencije o ljudskim pravima ne može biti primenjen ako nije uzet zajedno sa drugim članom navedene Konvencije. U slučaju *Rasmussen v Denmark*, 8777/79 od 28. novembra 1984, jasno je istaknuto da: čl. 14. dopunjuje druge suštinske odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima. On nije nezavisan, pošto je delotvoran jedino u vezi sa "uživanjem prava i sloboda" koja su garantovana tim odredbama (...). On ne može biti primenjen ako činjenice, o kojima je reč, ne potpadaju pod jednu ili više propisanih odredbi. Osim toga, postoje slučajevi u kojima Sud, nakon što je utvrdio da postoji povreda odredbe nekog člana Konvencije, nije smatrao za podesnim da razmatra pitanje povrede čl. 14. Izuzev ovih slučajeva, moguće je razlikovati dve kategorije odluka: one u kojima je nađeno da je razlika u postupanju diskriminatorna i one u kojima je ona prihvatljiva.

¹⁹ 19 Videti odluku u slučaju *Hoffman v Austria*, br. 12875/87 od 23. juna 1993, internet prezentacija na: <http://www.bgcentar.org.yu/documents/HOFMAN%20v.%20Austrija.doc>

²⁰ 20 Isto.

²¹ Povelja Evropske unije o osnovnim pravima, Charter of Fundamental Rights of the EU, C 303/1, Official Journal of the European Union 14.12.2007.

za članice EU od stupanja na snagu Lisabonskog ugovora 2009. godine.²² Zabrana diskriminacije po različitim osnovama propisana je odredbom čl. 21. Povelje.²³ Lisabonski ugovor nalaže pristupanje EU Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima radi pravilnog sprovođenja evropskih normi za zaštitu ljudskih prava.

Razvoj antidiskriminacionog prava na nivou EU počinje sa Rimskim ugovorom (Ugovor i osnivanju EEZ iz 1957. god.) u kome je propisana jedna odredba o zabrani diskriminacije na osnovu pola sa težnjom da se otklone prepreke za slobodan promet robe, kapitala, ljudi i usluga. U izvornim ugovorima, međutim, ideja nije bila zaštita ljudskih prava nego zaštita slobodne trgovine. Ali, kako su Evropskom sudu pravde²⁴ počeli da pristižu predmeti o kršenju ljudskih prava pravnim aktima Unije, Sud je uspostavio opšta načela koja su svojom sadržinom usmerena na zaštitu ljudskih prava u ustavima nacionalnih država i sporazumima o ljudskim pravima, pre svega u Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima. Evropski sud pravde ističe da će obezbediti da pravo EU bude u skladu sa opštim načelima. Do 2000. godine antidiskriminaciono pravo se u EU primenjivalo u domenu zapošljavanja i socijalne sigurnosti i obuhvatalo je diskriminaciju na osnovu pola da bi se vremenom proširilo i na sferu rasnog i etničkog porekla, polne orijentacije, verskog uverenja, starosti i invaliditeta.²⁵ Zabrana diskriminacije operacionalizovana je usvajanjem dve direktive 2000. godine: Direktiva Saveta 2000/78/ES kojom se ustanovljava opšti okvir za ravnopravni tretman u zapošljavanju i profesiji²⁶ i Direktiva Saveta 2000/43/ES kojom se sprovodi princip jednakog tretmana svih osoba bez obzira na rasno ili etničko poreklo.²⁷ Potom, usvojena je Direktiva Saveta 2004/113/ES za sprovođenje principa jednakog tretmana muškaraca i žena u pogledu dostupnosti isporuke dobara i usluga,²⁸ kojom je proširen

²² Lisabonski ugovor je potpisan 13.12.2007. godine i njegov službeni naziv je Ugovor o izmenama i dopunama Ugovora o osnivanju EU i Ugovora o stvaranju EEZ.

²³ Čl. 21. u celini glasi: "1. Zabranjena je svaka diskriminacija po osnovu pola, rase, boje kože, etničkog ili socijalnog porekla, genetskih karakteristika, jezika, veroispovesti ili uverenja, političkog ili bilo kog drugog mišljenja, pripadnosti nacionalnoj manjini, imovnog stanja, rođenja, invalidnosti, starosne dobi ili seksualne orijentacije. 2. U okviru područja primene Ugovora i ne dovodeći u pitanje bilo koju odredbu, zabranjena je diskriminacija po osnovu državljanstva."

²⁴ Lisabonskim ugovorom, Sud pravde Evropskih zajednica (Evropski sud pravde) postao je Sud pravde EU. Videti Priručnik o evropskom antidiskriminacionom pravu, *Handbook on European non-discrimination Law*, Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju, Beograd 2014, str. 22, fusnota 6. http://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_SRP.pdf

²⁵ *Isto*, str. 21-22.

²⁶ "Službeni list Evropske unije" L 303/16 od 2.12.2000. godine.

²⁷ "Službeni list Evropske unije" L 180 od 19.07.2000. godine.

²⁸ "Službeni list Evropske unije" L 373/37 od 21.12.2004. godine.

obim zabrane polne diskriminacije na područje dobara i usluga. Pomenutim direktivama diskriminacija je zabranjena samo u kontekstu zapošljavanja zbog čega ne pružaju sveobuhvatnu zaštitu od diskriminacije. Pomenutoj listi može se dodati i Direktiva 2006/54/ES Evropskog parlamenta i Saveta o sprovođenju jednako tretmana muškaraca i žena u pogledu zaposlenja i zanimanja.²⁹ Direktivama EU, zabranom diskriminacije obuhvaćena su sledeća lična svojstva: pol, seksualna orijentacija, invaliditet, starosno doba, versko ili drugo ubeđenje, rasa ili etničko poreklo.

Zabrana diskriminacije na nivou Saveta Evrope i Evropske unijene podrazumeva dva paralelna sistema zaštite, već sisteme koji se međusobno dopunjuju sa svojim posebnostima. Zahvaljujući Protokolu 12 uz Kovenciju o ljudskim pravima zabrana diskriminacije postala je autonomno pravo, dok je u antidiskriminacionom pravu EU zabrana diskriminacije uže postavljena, kao samostalno pravo čija je primena ograničena na određena područja.³⁰

PRAVO DETETA NA NEDISKRIMINACIJU U NACIONALNOM ZAKONODAVSTVU

Uzrast deteta i njegove razvojne mogućnosti svrstavaju ga u posebno osetljivu grupu, budući da dete određeni niz godina nije u stanju da se stara o sebi i zaštititi svojih prava i interesa. Zbog toga su u nacionalnom zakonodavstvu predviđene posebne mere zaštite od svakog oblika ugrožavanja prava deteta i diskriminacije deteta, kako u porodici, tako i u društvu ili od strane državnih institucija. Svako dete ima pravo na zaštitu od diskriminacije bez obzira na lična svojstva samog deteta, odnosno lična svojstva njegovih roditelja, staratelja ili članova porodice. Polazeći od tog kriterijuma, moguća su dva vida diskriminacije: diskriminacija na ličnog svojstva (stvarnog ili pretpostavljenog) diskriminisanog i diskriminacija na osnovu ličnog svojstva (stvarnog ili pretpostavljenog) člana porodice diskriminisanog lica.³¹ Kada je dete u središtu pažnje, moraju se uzeti u obzir dve vrste specifičnosti: *specifičnost dece u odnosu na odrasle* i *specifičnosti svakog deteta u odnosu na drugu decu*, pošto specifičnost oblikuje potrebe, a potrebe su ono

²⁹ "Službeni list Evropske unije" L 204 od 26. 7. 2006. godine.

³⁰ U oblasti zapošljavanja, u praksi Evropskog suda pravde, jasno je utvrđeno pravilo da se šteta pretrpljena zbog trudnoće smatra neposrednom diskriminacijom na osnovu pola. Videti odluke: *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus*, C-177/88 [1990.] ECR I-3941, 8. novembar 1990, i *Webb v. EMO Cargo (UK) Ltd*, C-32/93 [1994.] ECR I-3567, 14. jul 1994.

³¹ Videti Petrušić N, Beker K, Praktikum za zaštitu od diskriminacije, Partnerstvo za toleranciju i zaštitu od diskriminacije, Beograd 2012, str. 27-28.

na čemu se zasnivaju prava. Prava svakog deteta moraju biti priznata, zaštićena i ostvarena.

Načelo nediskriminacije kao izraz jednakosti svih ljudi predviđeno je Ustavom Republike Srbije, proklamovanjem zabrane diskriminacije, neposredne ili posredne, po bilo kom osnovu.³² Pored toga, **veliki napredak u jačanju zakonodavnog i institucionalnog okvira za borbu protiv diskriminacije u našoj zemlji** učinjen je usvajanjem Zakona o zabrani o diskriminacije (2009), te usvajanjem mnogobrojnih propisa kojima su regulisani pravni mehanizmi za sprečavanje i zaštitu od diskriminacije.³³ U domaćem antidiskriminacionom pravu odredbama različitih zakona predviđeno je pravo na zaštitu od diskriminacije, međutim, to nije umanjilo potrebu za usvajanjem sistemskog zakona koji na jedinstven način obuhvata pravne norme sadržane u sektorskim zakonima.³⁴ U tom smislu, sistemski okvir koji na jedinstven način integriše pravne norme sadržane u sektorskim zakonima RS predstavlja Strategija prevencije i zaštite od diskriminacije iz 2013. godine i Akcioni plan za sprovođenje Strategije prevencije i zaštite od diskriminacije od 2014–2018. godine iz 2014. godine.³⁵ Strategija predstavlja usaglašen

³² Videti čl. 21. st. 3. Ustava RS, "Službeni glasnik RS", br. 98/2006.

³³ Zakon o sprečavanju diskriminacije osoba sa invaliditetom, "Službeni glasnik RS", br. 33/2006; Zakon o profesionalnoj rehabilitaciji i zapošljavanju osoba sa invaliditetom, "Službeni glasnik RS", br. 36/2009; Zakon o ravnopravnosti polova, "Službeni glasnik RS", br. 104/2009; Zakon o zaštiti prava i sloboda nacionalnih manjina, "Službeni list SRJ", br. 11/2002, "Službeni list SCG", br. 1/2003-Ustavna povelja i "Službeni glasnik RS", br. 72/2009-dr.zakon; Zakon o mladima, "Službeni glasnik RS", br. 50/2011; Zakon o predškolskom vaspitanju i obrazovanju, "Službeni glasnik RS", br. 18/2010; Zakon o crkvama i verskim zajednicama, "Službeni glasnik RS", br. 36/2006; Zakon o radu, "Službeni glasnik RS", br. 24/2005, 61/2005 i 54/2009; Zakon o sportu, "Službeni glasnik RS", br. 10/2016. Ovim nabrojanjem se lista zakona koji se primenjuju na prava deteta u RS ne iscrpljuje. Videti sajt Centra za prava deteta Beograd: http://www.cpd.org.rs/home/relevantno_zakonodavstvo_srbije_u_odnosu_na_prava_deteta.html (Preuzeto: 20.08.2016.).

³⁴ Zakonom o zabrani diskriminacije taj cilj je postignut, aotpočeo je osnivanjem i radom institucije Zaštitnika građana 2007. godine i, dalje unapređen kroz osnivanje još jednog nezavisnog organa kao vid institucionalnog oblika sprečavanja diskriminacije - Poverenika za zaštitu ravnopravnosti. Usvojeni zakonski propisi i osnovane nezavisne institucije predstavljaju osnovu za stvaranje celovitog pravnog i institucionalnog miljea protiv diskriminacije. Poštovanje preuzetih međunarodnih obaveza, ali i uzimanje u obzir direktiva Evropske unije u procesu evropskih integracija, svakako su od ključnog značaja i za dalji međunarodni položaj Republike Srbije, i zahteva njihovu dalju adekvatnu normativnu regulaciju, praćenje i sprovođenje u našem pravnom sistemu. To čini potrebu za donošenjem Strategije i Akcionog plana još značajnijim. Videti Strategiju prevencije i zaštite od diskriminacije za period od 2013. do 2018. godine, str. 3, koju je Vlada Republike Srbije usvojila na sednici održanoj 27. juna 2013. godine, dostupno na: <http://www.srbija.gov.rs> (Preuzeto: 15.08.2016.).

³⁵ Akcioni plan za sprovođenje Strategije prevencije i zaštite od diskriminacije 2014. do 2018. godine Vlada Republike Srbije je usvojila na sednici održanoj 3. oktobra 2014. godine, dostupno na: <http://www.srbija.gov.rs> (Preuzeto: 15.08.2016.).

sistem mera, uslova i instrumenata javne politike koje Republika Srbija treba da sprovede radi sprečavanja, odnosno smanjenja svih oblika i posebnih slučajeva diskriminacije, posebno prema određenim licima, odnosno grupi lica s obzirom na njihovo lično svojstvo. Opšti ciljevi Strategije ogledaju se u poštovanju ustavnog načela zabrane diskriminacije, prema licu, odnosno grupi lica s obzirom na njegovo/njeno lično svojstvo, a posebno osetljivih društvenih grupa (nacionalnih manjina, žena, LGBT osoba, osoba sa invaliditetom, starijih, *dece*, izbeglica, interno raseljenih lica i drugih ugroženih migrantskih grupa, pripadnika različitih veroispovesti i lica s obzirom na njihovo zdravstveno stanje).³⁶

Postojeći pravni mehanizam zaštite od diskriminacije podrazumeva stvaranje jednakih mogućnosti za svu decu nezavisno od bilo kog ličnog svojstva deteta. Opšti principi zabrane diskriminacije *dece* sadržani su u čl. 22. Zakona o zabrani diskriminacije koji propisuje: “1. Svako dete, odnosno maloletnik ima jednaka prava i zaštitu u porodici, društvu i državi, bez obzira na njegova ili lična svojstva roditelja, staratelja i članova porodice. 2. Zabranjeno je diskriminisati dete, odnosno maloletnika prema zdravstvenom stanju, bračnom, odnosno vanbračnom rođenju, javno pozivanje na davanje prednosti deci jednog pola u odnosu na decu

³⁶ Videti Strategiju prevencije i zaštite od diskriminacije za period od 2013. do 2018. godine, str. 13. Zadatak Strategije je da odredi ciljeve, mere i **aktivnosti koje će doprineti smanjenju** broja slučajeva kršenja ustavnog i zakonskog načela zabrane diskriminacije, naročito usmerenih prema ranjivim društvenim grupama kroz: zakonodavne i regulatorne reforme koje će obezbediti usaglašavanje pravnog okvira Republike Srbije u oblasti zabrane diskriminacije, sa međunarodnim dokumentima koje su uvojile Ujedinjene nacije, Savet Evrope i Evropska unija, naročito onih dokumenata koje je Republika Srbija ratifikovala i koji su za nju pravno obavezujući; dosledno sprovođenje i primena postojećeg zakonskog i regulatornog okvira koji se odnosi na sprečavanje kršenja zabrane diskriminacije; sprečavanje diskriminatorskih praksi u određenim oblastima prema licu/grupi lica s obzirom na njegovo/njihovo lično svojstvo, naročito prema pripadnicima osetljivih društvenih grupa; stvaranje bezbednog okruženja za pripadnike osetljivih društvenih grupa i unapređenje stepena tolerancije prema njima; obezbeđivanje da sva lica, bez obzira na lično svojstvo jednako uživaju Ustavom garantovana ljudska prava, bez diskriminacije i u skladu sa načelom jednakosti i jednakih prava i obaveza; iskorenjivanje odnosno suzbijanje govora mržnje i akata fizičkog i psihičkog nasilja i uništavanja imovine lica/grupi lica s obzirom na njihovo lično svojstvo i privođenje pravdi učinilaca takvih akata i radnji; jačanje pozicije, uticaja i obezbeđivanje pune institucionalne nezavisnosti nezavisnih tela u čijoj je nadležnosti sprečavanje i utvrđivanje kršenja zabrane diskriminacije (Poverenika za zaštitu ravnopravnosti, Zaštitnika građana, Pokrajinskog ombudsmana i zaštitnika građana jedinica lokalne samouprave), i obezbeđivanje punog poštovanja njihovih preporuka i drugih dokumenta od strane državnih organa/pojedinaца kojima su one upućene. Okvir za sprovođenje strateških ciljeva preciziran je kroz Akcioni plan za primenu Strategije prevencije i zaštite od diskriminacije za period od 2014. do 2018. godine, predviđene su konkretne mere i aktivnosti neophodne za realizaciju strateških ciljeva. Akcioni plan, za razliku od Strategije, predviđa aktivnosti i mere za sprovođenje ove Strategije po oblastima, a ne po osetljivim društvenim grupama čime je omogućeno da nadležni državni organi imaju lakši pregled merama i aktivnostima.

drugog pola, kao i pravljenje razlike prema zdravstvenom stanju, imovnom stanju, profesiji i drugim obeležjima društvenog položaja, aktivnostima, izraženom mišljenju ili uverenju detetovih roditelja, odnosno staratelja i članova porodice.”³⁷

Zabrana diskriminacije dece propisana je i odredbama zakona koji se tiču različitih kategorija dece, odnosno maloletnika (deca rođena van braka, usvojena deca, učenici ili maloletni učinioci krivičnih dela).

U Porodičnom zakonu (2005)³⁸ nije propisana opšta zabrana diskriminacije deteta nego je izvedena iz ustavnog načela o jednakosti prava, pa je shodno tome, u ovom zakonu određena kroz jednakost prava deteta rođenog van braka sa decom rođenom u braku i kroz jednakost prava usvojenika prema usvojiteljima kao i bioloških potomaka usvojitelja.³⁹ Diskriminacijom deteta, odnosno učenika smatra se svako neposredno ili posredno, na otvoren ili prikriven način, isključivanje ili ograničavanje prava i sloboda, nejednako postupanje ili propuštanje činjenja, odnosno neopravdano pravljenje razlika povlađivanjem ili davanjem prvenstva (čl. 44. st. 2. Zakona o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja).⁴⁰ Zakon o mladima propisuje jednakost svih mladih i zabranjuje svako pravljenje razlike ili nejednako postupanje prema mladima, posredno ili neposredno, po bilo kom osnovu, a naročito po osnovu rase, pola, nacionalne pripadnosti, verskog ubeđenja, jezika, društvenog porekla, imovnog stanja, članstva u političkim, sindikalnim i drugim organizacijama, psihičkog ili fizičkog invaliditeta, zdravstvenog stanja, fizičkog izgleda, seksualne orijentacije, rodnog identiteta i drugog stvarnog ili pretpostavljenog ličnog svojstva.⁴¹ Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica odredbom čl. 88. propisuje da su maloletnici prema kojima se izvršavaju krivične sankcije ravnopravni bez obzira na rasu, boju kože, pol, jezik, veroispovest, političko ili drugo uverenje, nacionalno, etničko ili socijalno poreklo, imovinsko stanje, status stečen rođenjem ili drugi

³⁷ Videti čl. 22. Zakona o zabrani diskriminacije.

³⁸ Porodični zakon Republike Srbije, “Službeni glasnik RS”, br. 18/2005, 72/2011 - dr.zakon i 6/2015.

³⁹ Videti čl. 6. st. 4. i 5. Porodičnog zakona.

⁴⁰ Zakon o osnovama sistema obrazovanja i vaspitanja, “Službeni glasnik RS”, br. 72/2009 i 52/2011, 55/2013, 35/2015 - autentično tumačenje, 68/2015 i 62/2016 - odluka US. St. 4. čl. 44. ZO-SOV propisano je da bliže kriterijume za prepoznavanje oblika diskriminacije od strane zaposlenog, učenika ili trećeg lica u ustanovi, zajednički propisuje ministar i organ nadležan za pripremu propisa o ljudskim i manjinskim pravima.

⁴¹ Videti čl. 5. Zakona o mladima, “Službeni list RS”, br. 50/2011. Čl. 3. st. 1 propisano je da se značenje izraza mladi u ovom zakonu odnose na omladinu ili mlade - lica od navršanih 15 do navršanih 30 godina života.

status maloletnika, njegovog roditelja, usvojitelja ili staratelja, kao i na druge oblike različitosti.⁴²

Iako je uspostavljen sistem pravne (ustavnopravne, građanskopravne, krivičnopravne, prekršajnopravne) zaštite dece od diskriminacijerazgranat i sadrži mnogobrojne mere koje se preduzimaju u cilju sprečavanja diskriminacije dece, u našoj zemlji je diskriminacija dece prilično rasprostranjena. S jedne strane, deca su diskriminisana u odnosu na odrasle, na strukturalnom i institucionalnom nivou, što je posledica predrasuda i stereotipa o deci i njihovim sposobnostima, a s druge strane, deca koja pripadaju pojedinim manjinskim grupama izložena su raznim vidovima neposredne i posredne diskriminacije.⁴³ Zabrana neposredne diskriminacije ima za cilj ostvarivanje formalne jednakosti, dok je zabrana posredne diskriminacije u funkciji ostvarivanja suštinske jednakosti među decom, s obzirom da podrazumeva dužnost pravnih subjekata da svaku meru koja se odnosi na decu sagledavaju u svetlu specifičnog položaja u kojem se nalaze pojedine grupe dece i ispituju da li primenjena mera neku grupu dece dovodi u nesrazmerno nepovoljniji položaj u odnosu na drugu decu.⁴⁴

ZAKLJUČAK

Sprečavanje i zabrana svih oblika i vrsta diskriminacije je put ka eliminaciji razlika među ljudima. Pravo na jednakost nije samo univerzalna moralna norma, već predstavlja izraz opšteprihvaćenog pravila u međunarodnom pravu da su svi ljudi jednaki u pravima nezavisno od međusobnih razlika na osnovu urođenih ili

⁴² Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica, "Službeni list RS", br. 85/2005. Videti i čl. 7. Zakona o izvršenju krivičnih sankcija ("Službeni glasnik RS", br. 55/2014) koji propisuje da lice prema kome se izvršava krivična sankcija ne sme biti stavljeno u neravnopravan položaj zbog rase, boje kože, pola, jezika, vere, političkih ili drugih uverenja, nacionalnog ili socijalnog porekla, imovnog stanja, obrazovanja, društvenog položaja ili drugog ličnog svojstva.

⁴³ Videti Vučković Šahović N, Petrušić N, Prava deteta, nav. delo, str. 87. Neposredna diskriminacija postoji kada dete ili grupa dece, zbog nekog ličnog svojstva, bivaju izložena nejednakom tretmanu u odnosu na drugu decu. Posredna diskriminacija koja je u praksi češća ogleda se u jednakom postupanju prema detetu, odnosno grupi dece koja se zbog nekog svog ličnog svojstva nalazi u specifičnoj situaciji u odnosu na drugu decu, a takvo jednako postupanje prema njima ima nepovoljne posledice.

⁴⁴ Isto. Autorke ističu da u cilju ostvarivanja suštinske jednakosti i kako bi se svoj deci obezbedile jednake mogućnosti da uživaju sva priznata prava i resurse kojima zajednica raspolaže, nužno je preduzimanje posebnih (afirmativnih) mera namenjenih deci iz osetljivih i marginalizovanih grupa. Afirmativne mere ne potpadaju pod pojam diskriminacije jer se odnose na različite grupe dece koje su u nejednakom položaju u odnosu na drugu decu, te se putem ovih mera deci iz osetljivih i marginalizovanih grupa pružaju jednake mogućnosti za uživanje garantovanih prava.

stečenih ličnih svojstava. Zabrana diskriminacije je civilizacijska tekovina uslovljena sistematskim prevazilaženjem predrasuda i stereotipa kao ključnih faktora diskriminacije, u čemu je značajna uloga obrazovnih institucija, medija, organa javne vlasti i nevladinog sektora. Borba protiv diskriminacije ne svodi se samo na primenu zakonskih propisa i preduzimanje posebnih mera prema društvenim grupama koje su u nejednakom položaju sa ostalim građanima, nego u kontinuiranom razvoju tolerancije u odnosu na nacionalne, etničke, verske, seksualne i druge manjine i uvažavanje postojećih međuljudskih razlika. Dokumenti doneti pod okriljem Ujedinjenih nacija, Saveta Evrope i Evropske unije su okviri za sprovođenje adekvatne normativne regulative o zabrani diskriminacije u nacionalnom pravnom sistemu. Međunarodna pozicija Republike Srbije, nameće posebnu potrebu za usklađivanjem nacionalnog zakonodavstva sa međunarodnim standardima (univerzalnim i regionalnim) i njihovo puno sprovođenje. U zaključnim zapažanjima Komitet za prava deteta je dao preporuku (Preporuka Komiteta 26) Republici Srbiji da uloži veće napore kako bi sva deca, a posebno ugrožene grupe dece uživala sva prava sadržana u Konvenciji o pravima deteta bez diskriminacije i u cilju prevazilaženja stigmatizacije ove dece.⁴⁵ Diskriminacija dece je uvek prisutna i vidljiva, a razlog tome je da se stavovi predstavnika javne vlasti ne razlikuju od stavova opšte populacije; usluge kroz koje se ostavruju prava deteta su većim delom u nadležnosti lokalnih samouprava, a jedan njen deo usled opšteg siromaštva i nepostojanja adekvatnog sistema kontrole ne obezbeđuju potreban nivo usluga; sudska zaštita u slučaju kršenja zabrane diskriminacije je neefikasna i neblagovremena.

OLGA JOVIĆ-PRLAINOVIĆ, Ph.D.,

Professor, Law Faculty, University of Priština, Kosovska Mitrovica

THE CHILD'S RIGHT TO EQUALITY – PROHIBITION OF DISCRIMINATION

Summary

In this work, the subject of the author research is directed to the universal, regional and national anti-discrimination legal framework aimed at establishing and improving the legal protec-

⁴⁵ Videti Drugi i treći alternativni periodični izveštaj o primeni Konvencije o pravima deteta u Republici Srbiji (2008-2014), Golić-Ružić M. (ur.), Centar za prava deteta, Beograd 2015, str. 22. Inicijalni izveštaj o primeni Konvencije o pravima deteta Republika Srbija je predstavila Komitetu za prava deteta 2008. godine, a Inicijalni izveštaj o primeni Fakultativnog protokola o prodaji dece, dečijoj prostituciji i pornografiji 2010. godine. Drugi i treći periodični izveštaj trebalo je da bude pripremljen i predstavljen Komitetu u 2013. godini.

tion of children from discrimination. The rights enshrined in the Convention on the Rights of the Child and their implementation conditional upon the satisfaction of four basic principles which are a necessary condition for the full implementation of any specific statutory rights. The right to life, survival and development; the right to non-discrimination; the best interests of the child; appreciation of the child, affirm and notices contained herein that are established directly as a separate law. The problem of discrimination in general including discrimination against children, there is also at the European level, which is why there is a real need to improve the rights of protection against discrimination in all countries of Europe. This is supported by the jurisprudence of the European Court of Human Rights, which was established by the Council of Europe. Intensive efforts to protect human rights has resulted in the adoption of a number of documents that contain anti-discrimination legislation and oversight bodies for compliance with the prescribed standards. The prohibition of discrimination at the level of the Council of Europe and the European Union does not imply two parallel systems of protection, but systems that complement each other with their specific characteristics.

The principle of non-discrimination is determined by the idea that all human beings should be able to enjoy their rights regardless of the innate (race, gender, national or social origin, birth) or acquired memorial (political or other opinion). Prohibition of discrimination is a civilization heritage, and it is determined by systematically overcoming prejudices and stereotypes as key factors of discrimination, where educational institutions, media, public authority, and non-governmental organizations all have important role. Discrimination is not just the application of rules regulated by law and taking necessary measures towards social groups which are in an unequal position, but it is also a continuous development of tolerance when it comes to ethnicity, religion, gender, minorities, as well as acceptance of the existing interpersonal differences.

Age of the child and its development prospects make it a particularly vulnerable group, since a certain number of years a child is not able to care for themselves and to protect their rights and interests. As a result, the national legislation provides for special measures for protection from all forms of violation of rights of the child and the child discrimination, both in the family and in society and by state institutions.

ALIMENTACIONI FOND PREMA PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA SRBIJE

U V O D

Imajući u vidu savremene trendove sve veće stope razvoda braka, uslovljene, između ostalog, liberalizacijom razvoda braka, jedno od dominantnih pitanja nakon prestanka braka, jeste i pitanje izdržavanja deteta. S obzirom da su najčešće majke roditelji koji neposredno vrše roditeljsko pravo, otac će biti obavezan da isplaćuje izdržavanje za dete. Reč je, u užem smislu, o zaštiti prava deteta na adekvatan životni standard, a u širem smislu, o pravu deteta na život, opstanak i razvoj. Studije ukazuju na negativne posledice odsustva oca iz porodice oličene u siromaštvu, promiskuitetu i maloletničkoj delikvenciji.¹ Još jedan aspekt ovih negativnih efekata biće predmet istraživanja u ovom radu, finansijki, - (ne)izdržavanje deteta, i kao posledica odbijanja plaćanja alimentacije na osnovu sudske odluke, te nemogućnosti izvršenja tih presuda, formiranje posebnog alimentacionog fonda.²

Dr Uroš Novaković, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je rezultat istraživanja na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu "Identitetski preobražaj Srbije", koji finansira Ministarstvo prosvete nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije.

¹ A. Tsaoussis-Hatzis, Strengthening the Ties that Bind: Proposals for a Child-Centered European Divorce Law, u K. Boele-Woelki, Perspectives for the Unification and Harmonisation of Family Law in Europe, Antwerpen, 2003, str. 277.

² Izvesne studije ukazale su na činioce koji utiču da li će roditelji (očevi) plaćati, i u kojoj visini, izdržavanje za dete, A. Skevik, Fairness in Child Support Assessment: The Views of Non-Re-

Pored odredaba o surogat materinstvu,³ fizičkom kažnjavanju dece,⁴ ponovnom propisivanju nepotpunog usvojenja,⁵ jedna od najznačajnijih novina u prednacrta Građanskog zakonika (GZ) Republike Srbije predstavlja formiranje alimentacionog fonda. Kao u oblasti razvoda braka, i u oblasti izdržavanja krivica nije relativna za dosuđivanje prava na izdržavanje.⁶ Teorija pristanka kod izdržavanja utemeljena je na tome da onaj ko stvori dete ima obavezu prema detetu, odnosno da se ulaskom u seksualne odnose daje pristanak za naknadno stvaranje obligacije izdržavanja.⁷ Biološka veza predstavlja isključivi kriterijum za nastan-

sident Fathers in Norway, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 20, Num. 2, August 2006, str. 186. Sumirani rezultati o stavovima očeva odnose se na to da: 1. Iznos izdržavanja treba da bude umanjen ako roditelj koji vrši roditeljsko pravo ima velike prihode; 2. Iznos izdržavanja treba da bude umanjen ako se majka preseli sa detetom kod novog partnera koji ima velike prihode; 3. Očevi koji nemaju kontakt sa svojom decom ne treba da plaćaju izdržavanje; 4. Iznos izdržavanja treba da bude umanjen ako otac dobije decu u novoj zajednici; 5. Ako majka sprečava oca da vidi decu ne treba da dobija izdržavanje; 6. Iznos izdržavanja treba da bude umanjen ako otac zasnije zajednicu sa ženom i njenom decom iz prethodne zajednice; 7. Iznos izdržavanja treba da bude umanjen ako roditelj provodi značajan period vremena sa detetom. Smatramo izuzetno korisnim za buduće zakonodavne reforme sprovođenje sličnog istraživanja u Srbiji. Druge, pak, studije govore koji su razlozi za plaćanje izdržavanja od strane očeva: ako je otac zaposlen ili ima visoke prihode; ako ima stalan kontakt sa decom; ako postoje dobri odnosi sa majkom deteta; ako ne postoji nov supružnik/vanbračni parter; ako su roditelji deteta bili u braku; ako otac nema dece u novoj zajednici. C. Skinner, *Child Maintenance Reforms: Understanding Father's Expressive Agency and the Power of Reciprocity*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 27, Num. 2, April 2013, str. 244.

³ Videti članove 2272-2281. prednacrta Građanskog zakonika Srbije.

⁴ Član 2218. prednacrta GZ Srbije predviđa da je svako dužan da se rukovodi najboljim interesom deteta u svemu što se odnosi na dete. Dete je svako ljudsko biće do navršanih 18 godina života. Država je dužna da preduzima sve potrebne mere za zaštitu deteta od zanemarivanja, fizičkog, seksualnog i emocionalnog zlostavljanja i od svake vrste eksploatacije. Država je obavezna da poštuje, štiti i unapređuje prava deteta. Dete rođeno van braka ima jednaka prava kao dete rođeno u braku. Usvojeno dete ima jednaka prava prema usvojiteljima kao dete prema roditeljima. Država je dužna da detetu bez roditeljskog staranja obezbedi zaštitu u porodičnoj sredini uvek kada je to moguće. Povodom propisivanja fizičkog kažnjavanja zakonodavac predviđa dva rešenja Varijanta I: Zabranjeno je svako zlostavljanje deteta, a naročito fizičko kažnjavanje. Varijanta II: Nije dozvoljeno zlostavljanje deteta, a naročito neprimereno fizičko kažnjavanje. O potrebi uvođenja zakonske zabrane zlostavljanja deteta videti, O. Cvejić- Jančić, Šta je potrebno menjati u Ustavu Srbije u oblasti porodično-pravnih odnosa, *Pravni život* 10/2014, str. 8; Takođe, o predloženim alternativama na član 2218. prednacrta GZ Srbije, O. Cvejić- Jančić, *Zabrana fizičkog kažnjavanja deteta*, *Pravni život* 10/2015, str. 5.

⁵ Videti članove 2237-2240. prednacrta GZ.

⁶ E. Roca Trias, *Dealing with the Economic Consequences of Divorce for Wives: Alimony under the Spanish Civil Code*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol 14, Num. 1., April 2000, str. 46.

⁷ Slično, S. Altman, *A Theory of Child Support*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol 17, Num. 2., August 2003, str. 180.

nak obligacije izdržavanja između roditelja i deteta. Jedna od oblasti porodičnog prava gde se isključivo primenjuje biološki kriterijum. Izuzetak od opštih pravila obligacionog prava da je za nastanak ugovora (obligacije izdržavanja) potrebna saglasnost (volja) obe strane. Značaj ove porodičnopravne obligacije, za razliku od drugih (izdržavanje roditelja, izdržavanje krvnih srodnika, izdržavanje tazbinskih srodnika), ogleda se u tome što roditelj koji na najteži način ugrožava dobrobit deteta (fizički, seksualno, emotivno zlostavlja dete, napusti dete), i sledstveno bude lišen roditeljskog prava, i dalje ima dužnost da izdržava dete.

Naš zakonodavac vodi se trendovima u uporednom pravu. Izvesni oblici alimentacionih fondova postoje i u evropskim državama. Kroz administrativni sistem (Francuska, Portugal, Belgija, Švedska) ili u vidu posebnih agencija (Velika Britanija, Finska, Norveška, Danska). Međutim i u državama koje imaju uspostavljen sistem alimentacionog fonda, pokazala se izvesna neefikasnost i potreba za reformom.⁸ Stoga, pre konačnog usvajanja predloženih rešenja treba biti obazriv i dati procenu svih dobrih i loših strana formiranja alimentacionog fonda.

Privatnopravni ili javnopravni karakter naplate izdržavanja

Prema redovnom toku stvari oba roditelja imaju obavezu da izdržavaju dete. Međutim, usled razvoda braka jedno od pitanja kojima se teorija i praksa porodičnog prava bave u većoj meri nego ranije jeste pitanje izdržavanja deteta od strane jednog roditelja - roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo (najčešće oca).⁹

⁸ Tako, u Velikoj Britaniji još od 1993. godine postoji posebna agencija koja se bavi određivanjem i naplatom izdržavanja za decu - *Child Support Agency*. Aktivno učešće države uslovalo je da reforma iz 2007. godine leži na sasvim suprotnoj osnovi - da roditelji sami treba da postignu sporazum o izdržavanju deteta nakon razvoda braka. Nakon reforme, *Child Support Agency* je zamenjena Komisijom za određivanje i naplatu izdržavanja deteta (*Child Maintenance Enforcement Commission*). Komisija je dobila široka ovlašćenja, među kojima spada i mogućnost da se dužniku izdržavanja koji ne ispunjava obavezu oduzme putna isprava - pasoš. Prethodno je sve do 2003. godine sistem naplate izdržavanja bio neefikasan.

⁹ Nalazimo da termin "roditelj koji ne vrši roditeljsko pravo" nije najpogodniji, imajući u vidu da i taj roditelj vrši roditeljsko pravo (ima obavezu da izdržava dete, pravo da održava lične odnose sa detetom, pravo da odlučuje o bitnim pitanjima koja se tiču deteta, poput: školovanja, promene prebivališta, preduzimanja medicinskih zahvata, izbora religije, saglasnosti za usvojenje, raspolaganja imovinom deteta veće vrednosti). Porodični zakon Srbije u članu 78. stavu 4. navodi koja su to bitna pitanja koja bitno utiču na život deteta. Pitanjima koja bitno utiču na život, smatraju se naročito: obrazovanje deteta, preduzimanje većih medicinskih zahvata nad detetom, promena prebivališta deteta i raspolaganje imovinom deteta velike vrednosti. Da je ovo nabrojanje samo *exempli causa* i da je moguće i druga pitanja koja nisu nevedena u zakonu smatrati bitnim, M. Draškić, *Porodično pravo i prava deteta*, Beograd, 2007, str. 262; Povodom proširivanja prava deteta da samostalno odlučuje o preduzimanju medicinske intervencije, videti slučaj *Gillick v West Norfolk and Wisbech AHA and Department of Health and Social Security*. *Gillick* je izazvao dosta debata i kontra-

Iako dete ima pravo na izdržavanje, u literaturi se, s pravom, ističe da u oblasti izdržavanja deteta - plaćanja alimentacije, postoji ogroman jaz između onoga što se zakonski propisuje i onoga kako je u praksi.¹⁰ Sukob između *de lege lata* i *de lege ferenda*. Za razliku od tendencija da se razvod braka privatizuje i ostavlja subjektima bračnog prava da samostalno odlučuju da li će se razvesti ili ne, u oblasti izdržavanja deteta država (počinje da) zauzima aktivnu ulogu kroz nameru da se detetu obezbedi izdržavanje od strane roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo (najčešće oca). Pitanje aktivnije uloge države u ovoj oblasti neminovno je povezano sa političkom voljom.¹¹ Obaveza izdržavanja deteta prvenstveno se posmatra kao obaveza roditelja. Ako roditelji imaju ekskluzivno pravo, da pre svih ostalih osoba vaspitavaju i odgajaju dete, tako isto imaju i obavezu da izdržavaju dete. Iako se obaveza izdržavanja deteta od strane roditelja nakon prestanka braka posmatra(la) kao privatna stvar roditelja, sve veći broj porodica u kojima dete, uprkos sudskoj odluci ne dobija izdržavanje, navodi državu na aktivnije učešće u ovoj sferi.¹² Osnovno pitanje u ovoj oblasti je da li izdržavanje prepustiti kao privatnu stvar roditeljima, ili poimati izdržavanje kao javni interes države (deteta). Izvesne tendencije pokazuju nameru ka izdvajanju izdržavanja iz sudskog postupka i prepuštanju roditeljima da samostalno uredi izdržavanje deteta.¹³ Sa prethodnim stavom mogli bismo da se složimo samo ukoliko postoji volja na strani oba roditelja. Međutim, formiranje alimentacionog fonda upravo ima u vidu slučajeve kada roditelj ne želi da plaća izdržavanje za dete.

O aktivnijem učešću države u oblasti izdržavanja svedoči činjenica da proput državnih organa da sprovedu sudsku odluku o izdržavanju deteta povlači mogućnost pozivanja na povredu Evropske konvencije o ljudskim pravima.¹⁴

verzi s obzirom da je odlukom u ovom slučaju apsolutnost roditeljskog prava dovedena u pitanje. O slučaju *Gillick*, R. Probert, *Cretney and Probert's Family Law*, London, 2009, str. 260.

¹⁰ P. Parkinson, *Family Law and the Indissolubility of Parenthood*, Cambridge, 2011, str. 34.

¹¹ O tome svedoči i intervju premijera Velike Britanije Dejvida Kamerna za *Daily Telegraph* 19. juna 2011. u kome je kritikovao očeve koji ne plaćaju izdržavanje i govorio o razlozima zašto treba izvršiti reformu sistema izdržavanja dece, C. Skinner, *Child Maintenance Reforms: Understanding Father's Expressive Agency and the Power of Reciprocity*, *International Journal of Law, Policy and Family*, Vol. 27, April 2013, str. 247.

¹² J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. str. 343.

¹³ U prilog ovakvom shvatanju se ističe da se izdržavanje plaća u većem procentu kada roditelji samostalno postignu sporazum, M. Corrigan, *A Formula for Fool's Gold: The Illustrative Child Support Formula in Chapter 3 of the ALI's Principles*, u R. F. Wilson, *Reconceiving the Family*, Cambridge, 2006, str. 421.

¹⁴ Tako se u Velikoj Britaniji u poznatom slučaju *R (on application of Kehoe) v. Secretary of for Work and Pensions*, majka pozvala da nemogućnost dobijanja alimentacije od strane *Child Support Agency* povlači povredu člana 6 EKLJP. Ona se pozvala na to da je neplaćanjem izdržavanja ugroženo građansko pravo deteta. Međutim, sud je našao da nije bilo povrede. Iznos neisplaćenih izdržavanja od 17.000 funti, svedoči o tome da vrednost spora za izdržavanje u porodičnom pravu može biti vi-

Pravo na poštovanje porodičnog života i član 8. Konvencije nisu predviđeni kao oblast zaštite imovinskih porodičnih prava - među njima i prava deteta na izdržavanje.

Da bi se moglo odrediti ko je dužnik obligacije izdržavanja, i da bi naknadno moglo da dodje do isplate izdržavanja iz alimentacionog fonda, prethodno je potrebno utvrditi očinstvo deteta. U ranijim vremenima utvrđivanje očinstva nije bilo toliko pouzdano kao danas, i samim tim, sva deca koja nemaju utvrđeno poreklo u odnosu na oca nisu mogla da ostvare pravo na izdržavanje. Danas, kada se sa gotovo 100% izvesnošću može utvrditi poreklo deteta od strane oca, pitanje konstituisanja obligacije izdržavanja nije stvar lične volje.¹⁵ Međutim, ono što je sporno jeste kako da se ono što je zakonom i sudskom presudom utvrđeno, ostvari u praksi.

Izdržavanje deteta i Alimentacioni fond u Republici Srbiji

Zakon o braku i porodičnim odnosima

Izvesni oblik avansne isplate alimentacije za decu već je postojao na osnovu pravnih propisa Socijalističke Republike Srbije. Ovo predstavlja značajan pokazatelj za pravac budućeg regulisanja Alimentacionog fonda, odnosno uvažavanje prednosti i loših strana prethodnog rešenja. Prema Zakonu o braku i porodičnim

soka. Videti, J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. str. 350; Dodatno, Dom Lordova je utvrdio da je isključivo *Child Support Agency* pravno legitimisana da vodi postupak naplate izdržavanja za dete, ali ne i dete i(li) roditelj koji vrši roditeljsko pravo. Posebno se ističe, sa čime smo potpuno saglasni, da je ovakva odluka engleskog suda u suprotnosti sa članom 27. stavom 4. Konvencije o pravima deteta, H. Stalford, *Children and the European Union*, Oxford, 2012, str. 127. Inače, prema engleskom pravu, moguće da se građanin pred domaćim sudom pozove na povredu odredbi EKLJP, koja je sastavni deo unutrašnjeg prava. U Engleskoj je 1998. godine donet Zakon o ljudskim pravima (*Human Rights Act*) da bi osigurao zaštitu ljudskih prava garantovanih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, i to u dva pravca. Najpre, sudija u sporu pred engleskim sudom obavezan je da domaće pravo tumači tako da bude "što je moguće više" u skladu sa Evropskom konvencijom. Javna vlast, sa druge strane, obavezna je da deluje tako da njeni akti budu usklađeni sa Evropskom konvencijom. Pored ovog zakona, radi usklađivanja sa Konvencijom, doneta su još dva zakona: Zakon o deci (*Children's Act*) iz 1989. godine i Porodični zakon (*Family Law Act*) iz 1996. godine. Prema nekim shvatanjima, Zakon o ljudskim pravima ima karakter ustavnog zakona, J. Omejec, *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Zagreb, 2013, str. 57. Identično, A. Jakšić, *Evropska konvencija o ljudskim pravima*, Beograd, 2006, str. 34. Specifičnost sistema u Ujedinjenom Kraljevstvu ogleda se u tome što Zakon o ljudskim pravima ide toliko daleko da predviđa suprematiju prava iz Konvencije u odnosu na domaća pravna pravila. To svedoči o značaju koji EKLJP ima na unutrašnji pravni sistem i da se, netekto, Konvencija karakteriše kao "evropski ustav".

¹⁵ J. Fortin, *Children's Rights and the Developing Law*, Cambridge, 2009. str. 465.

odnosima,¹⁶ bilo je predviđeno isplaćivanje sredstava za izdržavanje dece unapred. Ovo nije bio klasični sistem Alimentacionog fonda kao posebne organizacije. Ovaj Fond bio je predviđen na lokalnom nivou i to u okviru samoupravnih jedinica tadašnjeg socijalističkog sistema. Sredstva su se koristila iz računa opštinskih samoupravnih organa.

Prema članu 24. Zakona o braku i porodičnim odnosima, samoupravne interesne zajednice socijalne zaštite i dečije zaštite u opštini, kao i druge samoupravne organizacije i zajednice, radi obezbeđivanja zakonskog izdržavanja mogu samoupravnim sporazumom udruživati sredstva za ove namene (alimentaciona sredstva). Sredstva za namenu izdržavanja vodila su se na posebnom računu i koristila se pod uslovima i na način utvrđen samoupravnim sporazumom o udruživanju sredstava. Na načelima solidarnosti i uzajamnosti, alimentaciona sredstva mogla su se udruživati u okviru Republičke zajednice socijalne zaštite, odnosno Republičke zajednice dečije zaštite. Dalje, ostavljena je mogućnost da organizacije udruženog rada, samoupravne interesne zajednice, samoupravne organizacije, mesne zajednice, društveno-političke zajednice društvenim dogovorima, samoupravnim sporazumima i drugim samoupravnim aktima, mogu uvoditi druge oblike društvene zaštite porodice kojima se obezbeđuju materijalni i drugi uslovi porodičnog života.¹⁷

Kao što možemo primetiti, reč je o uopšteno i neprecizno formulisanim odredbama kojima nije uspostavljen sistem alimentacionog fonda poznat u savremenim pravni sistemima, niti je bilo predviđeno pravo na regres lokalnih jedinica samouprave u odnosu na roditelja koji ne plaća izdržavanje za dete. Pre možemo zaključiti da je reč o vrsti socijalnog davanja za decu koja ne primaju izdržavanje, nego o sistemu alimentacionog fonda. Fond kao centralizovano formiran državni organ ili Agencija nije postojao, niti je na lokalnom nivou u okviru Republike Srbije, kao celine, funkcionisalo isplaćivanje alimentacije za decu čiji roditelji nisu ispunjavali obavezu utvrđenu zakonom i sudskom presudom. Isplata alimentacije bila je u nadležnosti lokalnih samouprava i nikada nije zaživela u praksi, što svedoči u prilog našem stavu u daljem toku rada da je potrebno, ukoliko se formira Alimentacioni fond, da bude uređen kao centralizovani državni organ (Agencija).

Porodični zakon

Porodični zakon predstavlja matični zakon za oblast izdržavanja deteta od strane roditelja.¹⁸ Roditelji imaju primarnu obavezu da izdržavaju dete, a tek ako

¹⁶ "Službeni glasnik Socijalističke Republike Srbije", br. 22/80, 24/84 i 11/88; "Službeni glasnik Savezne Republike Jugoslavije" br. 22/93, 25/93, 35/94 i 46/95; "Službeni glasnik državne zajednice Srbija i Crna Gora" br. 29/01.

¹⁷ Videti član 25. Zakona o braku i porodičnim odnosima.

¹⁸ "Službeni glasnik Republike Srbije" br. 18/05.

oni nisu živi ili nemaju dovoljno sredstava za izdržavanje, dete ima pravo na izdržavanje od drugih krvnih srodnika u pravoj ushodnoj liniji, a tek potom od krvnih srodnika u pobočnoj liniji (brata, sestre) i tazbinkih srodnika (maćehe ili očuha).¹⁹

Kada je u pitanju određivanje izdržavanja, njegova visina određuje se prema potrebama deteta i mogućnostima roditelja koji je dužan da daje izdržavanje, imajući u vidu i minimalnu sumu izdržavanja koju određuje Ministarstvo rada, zapošljavanja i socijalne politike.²⁰ Potrebe deteta zavise od nekoliko okolnosti: uzrasta deteta, zdravlja, obrazovanja, imovine, prihoda i drugih okolnosti. Mogućnosti roditelja zavise od prihoda roditelja, mogućnosti za zaposlenje i sticanje zarade, imovine roditelja, ličnih potreba roditelja, obaveze roditelja da izdržava druga lica.²¹ Izdržavanje deteta određuje se u novcu, ali je moguće na osnovu sporazuma između roditelja da bude određeno i na drugi način.

Roditelj može u ime deteta tražiti da visina izdržavanja bude određena u fiksnom mesečnom iznosu ili u procentu od redovnih mesečnih primanja roditelja. Ako se visina izdržavanja deteta određuje procentualno, iznos izdržavanja ne sme biti manji od 15% niti veći od 50% redovnih mesečnih primanja roditelja. Dete najmanje treba da ima onakve životne uslove kakve ima roditelj dužnik izdržavanja. Ako dođe do promene okolnosti, npr. povećaju se potrebe deteta, sud može izmeniti odluku, odnosno iznos izdržavanja koji je prethodno određen. Važno je istaći da sud nije vezan granicama tužbenog zahteva za izdržavanje, što znači da može odrediti i veći iznos od onog koji je roditelj u ime deteta zahtevao u tužbi. Porodični zakon ne predviđa mogućnost da neki državni organ isplati izdržavanje umesto roditelja i da se naknadno regresira od roditelja, ali predviđa u članu 165. pravo regresa lica koje je faktički davalo izdržavanje od roditelja koji je imao obavezu da izdržava dete.²² Takođe, pravo regresa fonda predviđeno je i u članu 2405. stavu 2. prednacrtu GZ, o čemu će biti reči u narednom delu rada.

Alimentacioni fond prema nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije

Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije²³ u knjizi IV Porodični odnosi predviđa osnivanje alimentacionog fonda. Ovo je prvi put da zakonoda-

¹⁹ O tome, O. Cvejić-Jančić, Prava deteta prema pravu Srbije - harmonizacija sa evropskim i međunarodnim konvencijama, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1-2/2008, str. 157.

²⁰ Videti, M. Draškić, Porodično pravo i prava deteta, Beograd, 2011, str. 400.

²¹ Član 160. Porodičnog zakona.

²² Da u ova lica spada i drugi roditelj, tj. da roditelj ima pravo regresa od drugog roditelja koji nije plaćao izdržavanje za dete, M. Draškić, Pravo na regres roditelja koji je sam izdržavao dete, Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije, knjiga 4, Beograd, 2014, str. 37.

²³ Radni tekst objavljen 25. maja 2015. godine.

vac pri pravnom regulisanju porodičnih odnosa pribegava formiranju jedne takve institucije. Osnovni cilj osnivanja fonda nalazi se u efikasnijem ostvarivanju prava na izdržavanje, koje pokazuje mnoge manjkavosti u praksi.²⁴ Zakonodavac je predviđanjem alimentacionog fonda u prednacrtnu posredno priznao nemoć postojećeg sudskog sistema naplate izdržavanja. Pravila o alimentacionom fondu nalaze se u pet članova prednacrta Građanskog zakonika (2403-2407). Reč je o zakonskom osnovu za osnivanje fonda, dok će bliži uslovi, sredstva i pravila biti propisana podzakonskim aktima od strane Ministarstva rada, zapošljavanja i socijalne politike. S obzirom da ne postoji poseban zakon o privremenom izdržavanju, a da prednacrt sadrži samo načelne odredbe, smatramo da upravo podzakonski akti treba da "ožive" fond, i da bez dodatnih, pratećih pravila, nije moguće funkcionisanje fonda.

Predviđeno je da se sredstva za početak rada fonda obezbeđuju iz budžeta, ali se ne navodi iz kojih izvora. Ovo predstavlja jedno od najvažnijih prethodnih pitanja za formiranje fonda, s obzirom da pitanje (ne)postojanja sredstava nameće (ne)mogućnost funkcionisanja fonda. Slično, kao i kada je ZBPO predviđeno da se na lokalnom nivou predvide alimentaciona sredstva ako roditelj ne plaća izdržavanje, ali nije tačno navedeno odakle se obezbeđuju sredstva, što je uslovilo nemogućnost ostvarivanja uloge fonda u praksi.

Dete ima pravo na isplatu izdržavanja iz Alimentacionog fonda ako dužnik izdržavanja ne ispunjava uredno svoju obavezu izdržavanja deteta u periodu od tri meseca uzastopno ili u roku od šest meseci sa prekidima. Potrebno je podneti dokaz da prinudno izvršenje presude o izdržavanju nije sprovedeno. Prednacrt govori i šta predlog za isplatu izdržavanja treba da sadrži (lične podatke o dužniku izdržavanja, njegovom prebivalištu ili boravištu, imovinskom stanju, zaposlenju, adresi poslodavca, kao i duge podatke). Na ovom mestu skrećemo pažnju da se uzme u obzir iskustvo iz Hrvatske i onemogućiti da roditelj npr. plati izdržavanje u minimalnom iznosu i tako onemogućiti dete da ostvari pravo na izdržavanje iz fonda. Naime, potrebno je propisati da dete ima pravo na izdržavanje u različiti između iznosa dosuđenog sudskom presudom i iznosa koji je isplatio roditelj. U suprotnom, mogao bi roditelj maliciozno isplatiti simboličan iznos (1 dinar, sto dinara, hiljadu dinara) i tako bi dete formalno dobilo izdržavanje i bilo onemogućeno da dobije izdržavanje iz fonda.

Alimentacioni fond dužan je da počne sa isplatom izdržavanja u roku od 15 dana od dana prijema predloga. Nakon isplate dugovanog iznosa izdržavanja, fond ima pravo regresa od dužnika u uvećenom iznosu od 10% za troškove postupka. Postoji mogućnost da poverilac i dužnik sporazumno podnesu predlog

²⁴ V. Petrović-Škero, Novine u pravu na zakonsko izdržavanje u Porodičnom zakonu Srbije, Zbornik radova "Novo porodično zakonodavstvo", Kragujevac, 2006, str. 401, o problemima neplaćanja alimentacije i učešću države u ovom postupku.

da prestane isplata iz fonda ako postignu sporazum o dobrovoljnoj isplati izdržavanja. Isplata prestaje kada prestane zakonska obaveza izdržavanja deteta. Dokaz o prestanku obaveze mogu podneti i dužnik i poverilac. Ako roditelj obeća da će dobrovoljno platiti izdržavanje ali ne ispuni tu obavezu, tom slučaju dete može podneti novi predlog za isplatu izdržavanja, s tim što se u tom slučaju isplaćuje uvećani regres Fondu od 10% (15%).²⁵

U prednacrtu GZ ne stoji odredba da će se dužniku izdržavanja, kao mogućnost, ukoliko ne ispunjava obavezu izdržavanja oduzeti putna isprava (pasos), kao ni mogućnost da se oduzmu sredstva za rad (taksi vozilo, poljoprivredne mašine, zanatska radionica ili druga sredstva za obavljanje zanimanja). Takođe, nije predviđena mera zabrane registracije motornog vozila. Naplata potraživanja ne sme se ograničiti na prihode dužnika (plata, penzija, prihodi od zakupnine), već, vodeći računa o najboljem interesu deteta kao vrhovnom načelu zaštite deteta, treba odrediti izvršenje na celokupnoj imovini dužnika. Moguće je da roditelj (otac) nema stalne prihode ali poseduje imovinu iz koje se može naplatiti izdržavanje. Međutim, ukoliko je celokupna imovina upisana na neko drugo lice, ne i na roditelja-dužnika izdržavanja, dete će biti onemogućeno da dobije izdržavanje. Neretko se malicioznim ponašanjem prenese celokupna imovina na treće lice u cilju izbegavanja naplate izdržavanja. Preduslov za priznanje prava na izdržavanje i donošenje sudske presude je utvrđivanje porekla deteta od strane oca. U suprotnom, samohrane majke koje nisu pokrenule postupak utvrđivanja očinstva sudskom odlukom (u slučaju kada otac nije priznao očinstvo ili se nije saglasio sa navodima majke), nemaju mogućnost da dobiju izdržavanje iz fonda. Osnov za dobijanje izdržavanja iz fonda je neizvršenje sudske odluke, a uslov za dobijanje sudske presude o pravu na izdržavanje je utvrđivanje porekla deteta u odnosu na oca. Osnovni problem za roditelje je nemogućnost pokretanja postupka prinudne naplate (najčešće usled nedostatka sredstava).

Osvrnućemo se i na još neka bitna pitanja za formiranje fonda. Pre usvajanja rešenja prema kome bi se formirao alimentacioni fond, neophodno je predvideti da li se fond formira na lokalnom ili centralnom nivou. Naše je mišljenje da bi efikasno funkcionisanje fonda bilo onemogućeno ako bi lokalne vlasti bile nadležne. Postoje argument *pro et contra* formiranja fonda na centralnom nivou. Pored argumenta nefunkcionisanja fonda na lokalnom nivou prethodno predviđenog Zakonom o braku i porodičnim odnosima, dodajemo stav o nejednakoј razvijenosti lokalnih samouprava, čime bi se dovelo u pitanje finansiranje fonda, ako bi se fond finansirao iz lokalnih budžeta.²⁶ Preduslov za postojanje fonda na

²⁵ Razlika u procentu stoji u predlogu člana 192. stava 2. prednacrtu Građanskog zakonika.

²⁶ Pitanje centralizacije fonda odvojamo od mogućnosti da fond, kao državni organ, ima svoje organizacione jedinice u pojedinim regionima i(li) u okviru opštinskih organa. Načelo ekonomičnosti nalaže da se pri formiranju fonda uvažavaju postojeći organizacioni kapaciteti, pre svega, op-

lokalnom nivou jeste razvijenost lokalnih samouprava i mogućnost finansiranja, što ne smatramo podobnim za naš sistem. Sa druge strane, ako se finansiranje odvija preko centara za socijalni rad, kao u Hrvatskoj, to ne iziskuje dodatne troškove oko formiranja posebne Agencije, ili njenih pojedinih jedinica u regionima. Ali imajući u vidu delokrug poslova centara za socijalni rad, ne smatramo da bi nametanje još jednog posla centrima omogućilo adekvatno funkcionisanje fonda. Isplata izdržavanja preko centara za socijalni rad ima dobru stranu jer predstavlja kombinaciju centralizovano-lokalnog karaktera - centralizovanog finansiranja (iz republičkog budžeta) kroz mrežu centara za socijalni rad, ali organa kojih ima u najvećem broju lokanih samouprava.

U cilju efikasnije naplate, regresiranja sredstava iz fonda, potrebno je predvideti koordinaciju državnih organa u cilju dobijanja informacija o prihodima i imovini dužnika. *Ratio legis* odredbe člana 2404. stava 3. vidimo u *ex officio* obavezi da sve podatke dostave državni organi, ne samo poverilac izdržavanja (dete) ili roditelj kod koga se dete nalazi, imajući u vidu da deca često nemaju kontakt sa roditeljem koji ne plaća izdržavanje, niti imaju podatke o njegovim prihodima.²⁷ Svi državni organi - poreska uprava, socijalne službe, katastri treba da saljupodatke o svim prihodima i imovini dužnika u cilju naplate izdržavanja.

Alimentacioni fond u državama regiona

Od država bivše SFRJ, Makedonija i Crna Gora nemaju Alimentacione fondove, niti postoji prednacrt zakonskih ili podzakonskih akata kojima bi se uspostavila ovakva institucija. Pravo BiH ima zakonsku mogućnost isplate sredstava iz budžeta ako roditelj ne plaća izdržavanje, ne i formiran fond bilo kao poseban organ (Agenciju) bilo kroz postojeći sistem socijalnih službi. Slovenija i Hrvatska imaju zakonom uređene alimentacione fondove, s tim da u Hrvatskoj ne posto-

štinskih organa uprave. Centri za socijalni rad, usled velikog broja poslova nisu adekvatni, iako, sa druge strane, imaju stručne kapacitete za delovanje u porodičnopravnoj materiji. Kao nosilac javnih ovlašćenja, centar za socijalni rad, u skladu sa zakonom odlučuje o: 1. ostvarivanju prava na materijalno obezbeđenje; 2. ostvarivanju prava na dodatak za pomoć i negu drugog lica; 3. ostvarivanju prava na pomoć za osposobljavanje za rad; 4. ostvarivanju prava na smeštaj u ustanovu socijalne zaštite; 5. ostvarivanju prava na smeštaj odraslog lica u drugu porodicu; 6. hraniteljstvu; 7. usvojenju; 8. starateljstvu; 9. određivanju i promeni ličnog imena deteta; 10. merama preventivnog nadzora nad vršenjem roditeljskog prava; 11. merama korektivnog nadzora nad vršenjem roditeljskog prava. Videti, Pravilnik o organizaciji, normativima i standardima rada centra za socijalni rad, "Sl. gl. Republike Srbije 59/2008, 37/2010, 39/2011 - dr. pravilnik i 1/2012 - dr. pravilnik."

²⁷ Ovakvo rešenje, prema kome državni organi imaju obavezu da traže podatke od svih trećih osoba, posebno poslodavaca, sadrži nemačko pravo, G. Kovaček-Stanić, Dete u porodici sa jednim roditeljem : izdržavanje i porodični dom, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1-2/2008, str. 346.

ji poseban organ već sredstva isplaćuju centri za socijalni rad, dok u Sloveniji postoji klasičan sistem alimentacionog fonda kao zasebnog državnog organa (Agencije).

Slovenija

Slovenija ima klasičan sistem centralizovano formiranog alimentacionog fonda kao posebne Agencije. U Sloveniji roditelji prvenstveno mogu sporazumno odrediti izdržavanje za zajedničku decu. Ako ne postignu dogovor, centar za socijalni rad (*center za socialno delo*) posreduje u postizanju dogovora. U slučaju da ni tada ne dođe do dogovora, sud donosi odluku o obavezi i visini izdržavanja, uzimajući u obzir troškove života deteta, posebno troškove smeštaja, hrane, odeće, obuču, nege i zaštite, školovanja, rekreacije i druge potrebe deteta.

Postoje dve mogućnosti za naplatu iznosa izdržavanja određenog sudskom odlukom: 1. ako roditelj dužnik izdržavanja ne plaća izdržavanje moguće je pokrenuti postupak prinudnog izvršenja pred sudom u građanskom postupku. 2. obraćanje Fondu za javno osiguranje i alimentaciju²⁸ koji na osnovu pravosnažne sudske presude ili privremene mere suda određuje isplatu izdržavanja ako roditelj dužnik izdržavanja ne plaća izdržavanje. Ovo pravo imaju deca mlađa od 18 godina koja poseduju slovenačko državljanstvo i imaju stalno mesto prebivališta u Sloveniji. Naplatu potraživanja ovim putem moguće je izvršiti ako naplata potraživanja putem sudske izvršenja nije moguća ili ako traje duže od tri meseca. Iznos koji Fond isplaćuje određuje se u zavisnosti od uzrasta deteta.²⁹ Isplata izdržavanja se vrši do svakog 15. dana u mesecu na bankovni račun roditelja koji vrši roditeljsko pravo. Ako je iznos utvrđen sudskom presudom manji od onog predviđenog pravilima Fonda za javno osiguranje i alimentaciju, isplaćuje se veći iznos. Uslov za dobijanje sredstava iz Fonda jeste da je naplata izdržavanja od roditelja dužnika trajala duže od tri meseca. Nakon isplate sredstava iz Fonda, na Fond prelazi nadležnost za naplatu sredstava izdržavanja od roditelja. Problem naplate isplaćenih iznosa pokazuje se kao jedan od glavnih - procenat naplate isplaćenih iznosa izdržavanja Fonda je nizak i iznosi oko 30%.³⁰

Izuzetno dobro rešenje slovenačkog sistema alimentacije ogleda se u postojanju besplatne pravne pomoći za dete tokom odvijanja postupka naplate iznosa izdržavanja. Imajući u vidu složenost procedure prinudne naplate izdržavanja sudskim putem i troškove oko angažovanja advokata od strane samohranog roditelja (majke), besplatna pravna pomoć ima veliki značaj, kako za ostvarivanje

²⁸ Ovaj fond ustanovljen je posebnim zakonom - Zakon o javnom fondu za garanciju izdržavanja Republike Slovenije, "Službene novine Republike Slovenije" br. 25/1997.

²⁹ Tako, izdržavanje se isplaćuje u zavisnosti od uzrasta deteta: za decu do 6 godina 72,46 EUR; za decu od 6 do 14 godina 79,70 EUR; za decu od 14 do 18 godina 94,19 EUR.

³⁰ <http://www.jpi-sklad.si/skladi/prezivninski-sklad/pravice/>

prava deteta na izdržavanje, tako i za naplatu utvrđenih iznosa. Takođe, pozitivni efekti formiranog Fonda ogledaju se u tome što su mnogi roditelji dužnici nakon podnetog zahteva roditelja koji vrši roditeljsko pravo, počeli samoinicijativno da isplaćuju alimentaciju. Fond predstavlja centralizovan državni organ koji svoje sedište ima u Ljubljani.

Dakle, slovenački zakonodavac se opredelio za formiranje posebnog državnog organa, agencije na nacionalnom nivou, nezavisne od postojećeg sistema centara za socijalni rad i lokalnih organa samouprave. Rešenje slično onom u Velikoj Britaniji gde postoji posebna agencija - *Child Support Agency* (reformom iz 2007 godine preimenovana u *Child Maintenance Enforcement Commission*).

Hrvatska

Hrvatska je 2015. godine donela nov Obiteljski zakon.³¹ U Hrvatskoj obavezu izdržavanja prema detetu imaju oba roditelja bez obzira da li dete živi sa oba roditelja ili jedan roditelj vrši roditeljsko pravo a drugi roditelj ima pravo na održavanje ličnih odnosa.³² Iako se u hrvatskom zakonodavstvu predviđa da će pri ocenjivanju potreba za izdržavanje neke osobe sud uzeti u obzir njene prihode, imovinsko stanje, sposobnost za rad, mogućnost zaposlenja, zdravstveno stanje, kao i druge okolnosti od kojih zavisi odluka o izdržavanju, radno sposoban roditelj ne može se osloboditi dužnosti izdržavanja maloletnog deteta. Pri ocenjivanju mogućnosti roditelja koji je dužan da daje izdržavanje uzeće se u obzir sva njegova primanja i stvarne mogućnosti sticanja povećane zarade, njegove potrebe kao i obaveze da izdržava druge osobe.³³ Na osnovu toga, postoji obaveza roditelja da doprinosi izdržavanju deteta iako nije zaposlen i nema prihode. Potrebe deteta za izdržavanjem mogu se utvrditi i u povećanom iznosu, ako je to u skladu s povećanim mogućnostima roditelja dužnika izdržavanja. Minimalni iznos izdržavanja zavisi od uzrasta dece i iznosi: za dete do 6. godine 17%, za dete između 7. i 12. godine 20%, za dete između 13. i 18. godine 22% prosečne mesečne neto plate.³⁴

Prethodni Obiteljski zakon imao je dobro rešenje prema kome centar za socijalni rad može u ime deteta pokrenuti i voditi parnicu za izdržavanje, odnosno za povećanje izdržavanja, ako se o detetu stara druga osoba ili ustanova, ili ako roditelj sa kojim dete živi ne ostvaruje pravo na izdržavanje iz neopravdanih

³¹ "Narodne novine Republike Hrvatske" br. 103/15. Stupio na snagu 1. novembra 2015. god.

³² M. Alinčić, D. Hrabar, D. Jakovac-Lozić, A. Korać-Graovac, Obiteljsko pravo, Zagreb, 2007, str. 449.

³³ Član 307. stav. 3. Obiteljskog zakona.

³⁴ G. Kovaček-Stanić, Dete u porodici sa jednim roditeljem : izdržavanje i porodični dom, Zbornik Pravnog fakulteta u Novom Sadu 1-2/2008, str. 345.

razloga.³⁵ Centar za socijalni rad mogao je tražiti i sprovođenje odluke o izdržavanju deteta. Sada je postupak izdržavanja promenjen tako da je moguće da dete postavi zahtev za izdržavanje i u vanparničnom postupku. Postoji redovan i tzv. pojednostavljen postupak ostvarivanja prava na izdržavanje.

Osnov za isplatu iznosa izdržavanja unapred i formiranje posebnog fonda iz koga bi se ta sredstva isplaćivala, nalazio se, najpre, u članu 352. starog Obiteljskog zakona iz 2003. godine.³⁶ Ako roditelj koji je na osnovu pravosnažne sudske odluke ili nagodbe sklopljene pred centrom za socijalni rad dužan doprinositi za izdržavanje deteta, ne udovoljava svojoj obavezi duže od tri meseca, centar za socijalni rad dužan je na predlog drugog roditelja ili po službenoj dužnosti, ako oce- ni da bi zbog toga bilo ugroženo izdržavanje deteta, preduzeti mere da se osigura- ju sredstva za privremeno izdržavanje deteta sve dok roditelj dužnik izdržavanja ne počne ponovo ispunjavati svoju obavezu.

S obzirom da su stari Obiteljski zakon i odredbe o alimentacionom fondu u primeni bili od 2003. godine, pokazali su se izvesni nedostaci. Tako, postojali su problemi vezani za nedovoljno jasno definisane pretpostavke za sticanje i ostvari- vanje prava na privremeno izdržavanje, usled čega je i praksa centara za socijal- ni rad različita, kako u tumačenju tih odredaba, tako i u njihovoj primeni. Osim toga, u praksi se javljaju problemi i kod određivanja trajanja prava na privreme- no izdržavanje, kao i utvrđivanja njegove visine u slučaju kad je izvršnim reše- njem određen iznos izdržavanja u manjem iznosu od zakonom određenog iznosa privremenog izdržavanja, a što je posledica nedovoljno jasno definisanog norma- tivnog okvira. U izvesnim slučajevima, kada je roditelj dužnik izdržavanja platio samo deo iznosa (nekada simbolično npr. samo 1 kunu),³⁷ detetu bi bilo uskra- ćeno pravo da dobije sredstva iz alimentacionog fonda. Nakon takvih delimičnih uplata dete je moralo da čega protek zakonskog roka da bi moglo ponovo da tra- ži privremeno izdržavanje. Na taj način je malicioznim ponašanjem - delimičnim uplatama od strane roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo, moguće bilo izigrati ostvarivanje izdržavanja iz alimentacionog fonda.

Uvažavajući okolnost da bi detetu trebalo priznati položaj stranke u po- stupku radi ostvarivanja prava na privremeno izdržavanje, otvoreno je pitanje zastupanja deteta u ovom postupku, budući da roditelji prema Obiteljskom za- konu iz 2003. godine ostvaruju roditeljsko pravo zajednički, sporazumno i rav- nopravno, te tako i zastupaju dete, a ovaj zakon ne uređuje slučajeve zastupanja

³⁵ Član 234. stav 1. Obiteljskog zakona.

³⁶ "Narodne novine Republike Hrvatske" br. 116/03, 17/04, 136/04, 107/07, 57/11, 61/11, 25/13, 05/15.

³⁷ Slično kao u slovenačkom zakonu, hrvatski sistem alimentacije predviđa da se iznos pri- vremenog izdržavanja određuje prema uzrastu deteta. Privremeno uzdržavanje za decu do 6 godina starosti iznosi 464 kune, od 7 do 12 godina - 552 kune, a od 13 do 18 godina - 606 kuna.

deteta od strane samo jednog roditelja (onoga sa kojim dete živi). Primetni su bili u praksi i problemi oko regresiranja isplaćenih iznosa izdržavanja.³⁸ Usled nedovoljno jasnog određivanja ovlašćenih podnosilaca zahteva za naknadu isplaćenih iznosa izdržavanja, u praksi se javila dilema da li su procesno legitimisani za podnošenje te tužbe Republika Hrvatska zastupana po nadležnom državnom tužilaštvu ili centar za socijalni rad.³⁹

Navedeni problemi iz prakse usloveli su potrebu da se donese poseban Zakon o privremenom uzdržavanju Republike Hrvatske koji bi na efikasniji način regulisao pitanje privremenog izdržavanja.

Prema Zakonu o privremenom uzdržavanju Republike Hrvatske⁴⁰ jedna od najvažnijih novina tiče se prenošenja nadležnosti za naplatu isplaćenih sredstava izdržavanja na centar za socijalni rad koji donosi rešenje protiv roditelja dužnika, na osnovu čega se sprovodi postupak izvršenja. Time se postupak skraćuje i umesto sudskih procedura, centar za socijalni rad postaje nosilac ovlašćenja.⁴¹ Prethodno, prema Obiteljskom zakonu, nakon što je centar za socijalni rad isplatio privremeno izdržavanje, državno tužilaštvo je pokretalo sudski postupak protiv roditelja u cilju regresa isplaćenih sredstava. Umesto dugotrajnih sudskih postupaka centar za socijalni rad donosi rešenje kojim nalaže dužniku izdržavanja da vrati isplaćene iznose alimentacije. Ovo rešenje je izvršna isprava na osnovu koje se pokreće postupak za naplatu sredstava.

Prema članu 7. Zakona o privremenom izdržavanju, pravo na privremeno izdržavanje ima dete ako roditelj koji ne stanuje sa detetom ne ispunjava svoju obavezu izdržavanja, u celosti ili delimično, na temelju izvršne isprave i ako se učini verovatnim da baba i deda po tom roditelju nisu u mogućnosti zadovoljiti minimalne potrebe deteta za izdržavanje u visini koja je zakonom određena kao iznos privremenog izdržavanja. Predviđa se i slučaj da dete ima pravo na privremeno izdržavanje i ako roditelj isplaćuje izdržavanje, ali ne u celosti, čime se izbe-

³⁸ Povodom prava regresa videti, M. Draškić, Pravo na regres roditelja koji je sam izdržavao dete, *Perspektive implementacije evropskih standarda u pravni sistem Srbije*, knjiga 4, Beograd, 2014, str. 29.

³⁹ S. Aras, Centar za socijalnu skrb u ulozi stranke i umješača (intervenijenta) u statusnim i alimentacijskim postupcima, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 59, br. 2-3, Zagreb, 2009, str. 515, da je centar za socijalni rad ovlašćen da interveniše u sudskom postupku određivanja izdržavanja time što preuzima ulogu zakonskog zastupnika deteta i ujedno položaj stranke.

⁴⁰ "Narodne novine Republike Hrvatske", br. 92/2014.

⁴¹ Izmenama Obiteljskog zakona iz 2007. godine dozvoljeno je u sporovima povodom izdržavanja doneti presudu na osnovu propuštanja i izostanka. Cillj ovakvih izmena je ubrzavanje i olakšavanje ostvarivanja prava na izdržavanje deteta. Videti, S. Aras, Donošenje kontumacijskih presuda u sporovima o uzdržavanju djece, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 60, br. 1, Zagreb, 2010, str. 310.

gavaju slučajevi iz prakse da dete bude onemogućeno da dobije privremeno izdržavanje ako roditelj isplati samo jedan (manji) deo iznosa izdržavanja.

Zakon određuje i rokove vezane za privremeno izdržavanje. Dete ima pravo na privremeno izdržavanje ako dužnik izdržavanja ne ispunjava, u celosti ili delimično, svoju obavezu izdržavanja duže od tri meseca neprekidno od dana pokretanja izvršnog postupka radi ostvarivanja izdržavanja. Pravo na privremeno izdržavanje traje sve dok dužnik izdržavanja ne počne izvršavati svoju obavezu najmanje u iznosu koji je zakonom određen kao iznos privremenog izdržavanja. Dete ima pravo na privremeno izdržavanje u ukupnom trajanju najduže do tri godine.⁴²

Privremeno izdržavanje određuje se u iznosu 50% od zakonskog minimuma izdržavanja. Privremeno izdržavanje ne može se odrediti u iznosu većem od iznosa izdržavanja određenog izvršnom ispravom. Ako centar za socijalni rad utvrdi da dužnik izdržavanja plaća izdržavanje u manjem iznosu od iznosa utvrđenog sudskom odlukom, odrediće se privremeno izdržavanje u razlici ovog iznosa.

U skladu sa načelom hitnosti, koje je izuzetno značajno u postupku dobijanja izdržavanja deteta, postoje dve značajne procesne pretpostavke: najpre, centar za socijalni rad je dužan doneti rešenje u roku od 30 dana od dana podnošenja urednog zahteva ili pokretanja postupka po službenoj dužnosti,⁴³ a žalba ne odlaže izvršenje rešenja o privremenom izdržavanju.⁴⁴

Privremeno izdržavanje isplaćuje se u mesečnim iznosima za prethodni mesec. Isplatom iznosa privremenoga izdržavanja, država stupa u pravni položaj deteta i na nju prelazi pravo regresu u visini isplaćenoga iznosa sa svim sporrednim pravima.⁴⁵ Sredstva za finansiranje privremenog izdržavanja osiguravaju se na državnom budžetu.

Namera je da se novim zakonom učine značajni koraci prema jačoj i efikasnijoj zaštiti prava deteta na izdržavanje. Jačanje pravne zaštite ogleda se ne samo

⁴² Član 8. Zakona o privremenom uzdržavanju Republike Hrvatske.

⁴³ Član 11. stav 2. Zakona o privremenom uzdržavanju Republike Hrvatske.

⁴⁴ Član 20. stav. 3. Zakona o privremenom uzdržavanju Republike Hrvatske. Predviđeno je da rešenje o privremenom izdržavanju obavezno sadrži: 1. ime i prezime, adresu te lični identifikacijski broj (OIB) dužnika izdržavanja; 2. mesečni iznos privremenog izdržavanja koji će se automatski usklađivati prema odredbama zakona; 3. trajanje prava na privremeno izdržavanje; 4. račun deteta ili roditelja s kojim dete stanuje ili druge osobe koja se stara o detetu, na koji će se isplaćivati privremeno izdržavanje; 5. obavezu roditelja s kojim dete stanuje ili druge osobe koja se stara o detetu, kao i dužnika izdržavanja da odmah, a najkasnije u roku od osam dana, prijave centru svaku promenu koja utiče na ostvarivanje prava na privremeno izdržavanje.

⁴⁵ Član 25. Zakona o privremenom uzdržavanju Republike Hrvatske.

u priznavanju određenih prava, nego i u njihovom ostvarivanju putem odgovarajućih procesnih mehanizama.

Namera je da se zakonom omogući jedinstveno postupanje centara za socijalni rad i nadležnih državnih tužilaštva, te znatno olakša određivanje prava na privremeno izdržavanje kao i postupak regresa iznosa isplaćenog privremenog izdržavanja od roditelja dužnika uzdržavanja. Centar za socijalni rad svakih godinu dana donosi rešenje kojim nalaže roditelju da vrati državi sredstva koja su isplaćena. Ovo rešenje ima karakter izvršne isprave i ima privilegovan status u izvršnom postupku, što znači da će potraživanje koje država ima prema roditelju naplatiti pre svih ostalih potraživanja.

Hrvatska uvodi administrativni postupak radi vraćanja isplaćenih iznosa privremenog izdržavanja umesto sudskog, pojednostavljuje komplikovanu sudsku proceduru izostavljanjem potrebe vođenja sudskog postupka. Konstatujemo da u Hrvatskoj postoji mešoviti administrativno-sudski sistem alimentacionog fonda, gde sud donosi presudu i određuje visinu izdržavanja, dok upravni organ - centar za socijalni rad isplaćuje sredstva ukoliko roditelj ne plaća izdržavanje i sprovodi postupak regresiranja sredstava. Nema posebne Agencije koja to vrši već se koristi postojeći sistem socijalne zaštite - mreža centara za socijalni rad.

Bosna i Hercegovina

Sistem isplate izdržavanja u Bosni i Hercegovini daje mogućnosti za tumačenje da postoji alimentacioni fond, ali isto tako i argumente protiv. Osnov za uspostavljanje Alimentacionog fonda u BiH i mogućnost da se isplate sredstva za izdržavanje deteta, ukoliko roditelj ne plaća izdržavanje za dete, nalazi se u članu 237. Porodičnog zakona Bosne i Hercegovine.⁴⁶ Kad sud utvrdi da roditelji i druge osobe koje su obavezne da daju izdržavanje nisu u mogućnosti podmirivati potrebe izdržavanja deteta, obavestiće o tome organa starateljstva koji je dužan da osigura sredstva za izdržavanje deteta iz budžetskih sredstava Federacije BiH. Dakle, predviđeno je da organ starateljstva ukoliko sud utvrdi da roditelj nije u mogućnosti da plaća izdržavanje, isplaćuje sredstva iz budžeta. Nije u pitanju slučaj kada roditelj ne želi, izbegava, već objektivna okolnost kada nema sredstava, nije u mogućnosti da plaća izdržavanje. Međutim, ovde se krije izvesna kontradiktornost. Naime, ako se prema članu 236. stavu 3. Zakona radno sposoban roditelj ne može osloboditi dužnosti izdržavanja maloletnog deteta⁴⁷ onda se ne može pri-

⁴⁶ "Službene novine Federacije BiH" broj 35/05 i 41/05.

⁴⁷ O problemima koje imaju samohrani roditelji u Republici Srpskoj, M. Blagojević-Hjuron, J. Milinović, Samohrani roditelji u Republici Srpskoj: malo podrške, veliki problemi, Zbornik radova "Prava djeteta i ravnopravnost polova - između normativnog i stvarnog", Istočno Sarajevo, 2012, str. 585 i dalje.

meniti pretpostvka iz člana 237. da roditelj nije u mogućnosti da plaća izdržavanje. Takođe, ako sud utvrdi da roditelji i druge osobe nisu u mogućnosti da daju izdržavanje, postavlja se pitanje šta je pravni osnov da organ starateljstva obezbedi sredstva, imajući u vidu da sud ne donosi presudu i ne stvara oblicaciju izdržavanja. Moguće da zakonodavac smatra da je reč o slučaju kada roditelj nije sposoban za rad usled bolesti ili drugih okolnosti i da je reč o socijalnom davanju, ne i o sistemu alimentacionog fonda, ali s obzirom da je ovo pravo predviđeno u Porodičnom zakonu a socijalna davanja za dete se propisuju Zakonom o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite obitelji sa decom,⁴⁸ ne bismo mogli da alimentaciona sredstva iz člana 237. Porodičnog zakona smatramo socijalnim davanjem. Iako je primarno reč o nemogućnosti, član 237. pruža osnov da se detetu omogući dobijanje izdržavanja i kada roditelj ne želi da isplaćuje izdržavanje. Može se reći da je ovo jedan poseban slučaj isplate alimentacionih sredstava, s obzirom da se detetu obezbeđuju sredstva kada roditelj i druge osobe nisu u mogućnosti da daju izdržavanje. Međutim, konstitutivni uslov za postojanje alimentacionog fonda nalazimo u pravu na regres države koja je isplatila iznos izdržavanja. Prema tom kriterijumu u BiH ne postoji sistem alimentacionog fonda, već samo zakonska mogućnost na osnovu koje je moguće doneti izmene zakona kojima bi se uvrstle (između ostalog) odredbe o pravu regresa.

Dodatna zaštita interesa deteta sastoji se u tome što se organu starateljstva daje aktivna legitimacija u postupku izvršenja - ako roditelj ne traži izvršenje odluke o izdržavanju, organ starateljstva može u ime deteta podneti sudu predlog za izvršenje.

⁴⁸ "Službene novine Federacije BiH", br. 36/99; Zakon o izmjenama i dopunama zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite obitelji sa decom, "Službene novine Federacije BiH" br. 54/2004, 39/2006. Prema članu 19. ovog Zakona prava iz socijalne zaštite su: 1) novčana i druga materijalna pomoć; 2) osposobljavanje za život i rad; 3) smeštaj u drugu porodicu; 4) smeštaj u ustanove socijalne zaštite; 5) usluge socijalnog i drugog stručnog rada; 6) kućna nega i pomoć u kući. Prema članu 22. pravo na stalnu novčanu i drugu materijalnu potporu imaju osobe i porodice, pod uslovom: 1) da su nesposobni za rad, odnosno sprečeni u ostvarivanju prava na rad; 2) da nemaju dovoljno prihoda za izdržavanje; 3) da nemaju članova porodice koji su po zakonu obavezni da ih izdržavaju ili ako ih imaju, da te osobe nisu u mogućnosti da izvršavaju obavezu izdržavanja. Prava na ove pomoći ostvaruju se na lokalnom nivou, od opštinskih organa na čijem području osoba ili porodica imaju prebivalište. Imajući u vidu sličnost odredbi člana 237. Porodičnog zakona i člana 22. stava 1. tačke 3. Zakona o osnovama socijalne zaštite, zaštite civilnih žrtava rata i zaštite obitelji sa decom, ne nalazimo da je reč o istom materijalnom davanju. Naime, različitost organa nadležnih za isplatu sredstava implicira da član 237. Porodičnog zakona ima za cilj isplatu izdržavanja kada roditelj ne plaća izdržavanje. Međutim, sa druge strane, nepostojanje odredbi o pravu centra za socijalni rad da se regresira od roditelja koji ne plaća izdržavanje navodi nas na zaključak da je pre reč o materijalnom socijalnom davanju nego o isplati sredstava alimentacionog fonda. Jedna od suštinskih karakteristika postojanja alimentacionog fonda ogleda se u pravu da se država, odnosno njeni organi regresiraju za iznos isplaćenih sredstava.

Porodični zakon BiH sadrži dobro rešenje o obavezi roditelja da dostavi podatke o prestanku ili promeni radnog odnosa u cilju dobijanja podataka o zaradi, i u skladu sa time, daljoj isplati utvrđenih iznosa izdržavanja. Obveznik izdržavanja (roditelj) kome je prestao radni odnos i koji je zasnovao novi radni odnos dužan je podatke o postojanju izvršne isprave za izdržavanje, kao i ime i adresu osobe kojoj se to potraživanje treba isplaćivati, dostaviti poslodavcu kod kojeg je zasnovao radni odnos.⁴⁹ Obaveza dostavljanja nameće se ne samo roditelju, već i poslodavcu, u slučaju da roditelj pokušava da sakrije postojanje prihoda iz radnog odnosa. Tako, poslodavac kod kojeg je roditelj dužnik izdržavanja zasnovao novi radni odnos dužan je odmah obavestiti izdržavanu osobu (dete, odnosno roditelja kod koga se dete nalazi) o zasnovanom radnom odnosu, odnosno dati potrebna obaveštenja o roditelju koji je kod njega zasnovao novi radni odnos.⁵⁰

U BiH ne postoji klasični sistem alimentacionog fonda, ali postoji mogućnost za isplatu sredstava. Nešto slično što je postojalo prema ZBPO Srbije, ali nije funkcionisalo u praksi. Tokom izrade ovog rada, nismo došli do podataka da se u BiH detetu iz budžeta opština isplaćuje izdržavanje utvrđeno sudskom presudom ako roditelj ne ispunjava tu obavezu.

ZAKLJUČAK

Naš zakonodavac pri usvajanju zakonskog rešenja o formiranju alimentacionog fonda treba da ima na umu postojanje tri interesa: deteta kao nosioca obli-gacije izdržavanja; države, kao zastupnika deteta, da dete dobije izdržavanje ali i da se, kada isplati izdržavanje, regresira od dužnika izdržavanja; roditelja koji ne vrši roditeljsko pravo. Prethodna pitanja koja se trebaju preispitati pre nego što se usvoji predlog formiranja fonda su: način finansiranja fonda, osnivanje fonda na lokalnom ili centralnom nivou, formiranje fonda kao posebne Agencije. Mi se zalažemo, ukoliko se prihvati predlog o formiranju fonda, za centralizovano orijentisan fond po pitanju finansiranja, dok se organizaciono zalažemo alternativno za dva predloga. Jedan po kome će isplatu alimentacionih sredstava vršiti opštinski organi uprave, s obzirom da centri za socijalni rad imaju širok krug poslova. Drugi, prema kome bi posebna Agencija određivala pravo na isplatu sredstava, a lokalne samouprave vršile isplatu. Formiranje posebnog fonda (Agencije) nameće veći stepen kontrole i javnosti u postupku naplate izdržavanja. Poštujući načelo ekonomičnosti, *prima facie* nameće rešenje da se celokupan postupak obavlja u centrima za socijalni rad. Međutim, potrebno je prethodno ispitati kapacitete centara za dodeljivanje ove dodatne nadležnosti.

⁴⁹ Član 247. Porodičnog zakona BiH.

⁵⁰ Član 248. Porodičnog zakona BiH.

Posebno ističemo nedostatak odredbi u prednacrtu o prinudnim merama protiv roditelja koji ne plaća izdržavanje. Odredbe poput, zabrane registracije motornog vozila, zabrane odlaska u inostranstvo (oduzimanje putne isprave), prodaje celokupne imovine (ne samo izvršenje na prihodima), neizostavno trebaju biti sastavni deo zakonskih odredbi o formiranju alimentacionog fonda ili budućih podzakonskih akata, odnosno statuta fonda kao posebne Agencije.

Prva faza celokupnog postupka sastoji se u isplati sredstava od strane države, čime je dete ostvarilo svoje pravo. Međutim, tek tada nastupa, po državu najvažnija faza, a to je naplata sredstava od dužnika-roditelja. U tu svrhu, postojanje navedenih (i drugih) prinudnih mera dovelo bi do povećane naplate.

Budući da je sistem alimentacionog fonda u nekim državama, poput Velike Britanije, doživeo izmene, neophodno je da se pre usvajanja ovako značajne novine u GZ izvrši istraživanje o tome da li bi za naplatu potraživanja bilo efikasnije aktivnije učešće države ili treba prepustiti supružnicima da sopstvenim sporazumima urede ovu oblast. Imajući u vidu naš savremeni društveni kontekst, ne nalazimo pozitivne efekte privatnosti postupka izdržavanja. Nemogućnost sudskog izvršenja presude o izdržavanju nametnula je potrebu primene drugačijeg postupka, postupka u kome se država ne povlači, već preuzima još aktivniju ulogu, ali ne kroz sudski, već administrativni sistem. Naš je stav da se suštinska razlika između sistema alimentacionog fonda i socijalnog davanja za dete ogleda u pravu na regres države (odnosno fonda kao njenog organa) u odnosu na roditelja koji ne ispunjava svoju obavezu ustanovljenu sudskom presudom.

UROŠ NOVAKOVIĆ, Ph.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

ALIMENTATION FUND ACCORDING TO PRELIMINARY DRAFT OF SERBIAN CIVIL CODE

Summary

Considering current trends of increasing divorce rates, conditioned, among other things, divorce liberalization, one of the dominant issues after termination of marriage, is the issue of child support. In addition to the provisions of surrogate motherhood, physical punishment of children, open adoption, one of the most significant innovations in the preliminary draft of the Civil Code (CC) of the Republic of Serbia is the creation of alimony fund.

Although the child has the right to maintenance, in the field of child support - alimony payments, there is a huge gap between legal rules and the practice. Certain forms child support advance payments already existed in the legislation of the Socialist Republic of Serbia - Marriage and fami-

ly relations Act, but had never functioned in practice. The rules regulating alimony fund are situated in five articles of preliminary draft of the Serbian Civil Code (2403-2407).

Of the former SFRY countries, Macedonia and Montenegro don't have alimony funds, neither have a draft legislative to establish such an institution. BiH law regulations only has in Family Law Act possibility for payment from the budget if a parent does not have ability to pay child support, but not formed fund as separated Agency or through system of social protection. Slovenia and Croatia have a legally regulated alimentation funds. In Croatia there is no specific Agency, centers for social work are entitled to pay child support in advance, while in Slovenia there is a classical system of alimony fund as a separate state body (Agency).

We especially emphasize preliminary draft deficiency considering lack of the provisions on enforcement measures against parents who do not pay child support. Provisions such as the prohibition of registering vehicle, prohibition of leaving the country (seizure of travel documents), the sale of all assets (not only the revenue execution), need to be an integral part of legal provisions regulating establishment of an alimony fund, or future executive legislation, respectively fund statute if it going to be constituted as a separate Agency.

Since the system of alimony fund in countries such as the United Kingdom experienced changes, it is necessary before adoption of such an important novel in Civil Code, carry out research whether for child support collection better solution is active state participation or leave the parents themselves to accomplish private agreement.

MELANIJA JANČIĆ

KONTROVERZNOST PRAVA NA PREKID TRUDNOĆE KAO METODA PLANIRANJA PORODICE

U V O D

Pitanje dopuštenosti i opravdanosti prava na prekid trudnoće kao metoda planiranja porodice još uvek izaziva veliku pažnju naučne javnosti. Mnogi pravni teoretičari se ne slažu oko opravdanosti normiranja prava na namerni prekid trudnoće, osim u pojedinim slučajevima, kao npr. kada je zdravlje ili život trudnice ugrožen, kada postoji visok stepen rizika od fizičkih ili mentalnih anomalija i deformacija deteta, kada je začće posledica krivičnog dela. Postavlja se i pitanje šta je svrha usvajanja restriktivnih zakona o prekidu trudnoće, da li je to sprečavanje ili smanjenje broja abortusa, zaštita života ploda, povećanje nataliteta i sl. i da li se takvom zakonodavnom politikom postiže legitiman cilj. Ovo pitanje je takođe i pitanje ljudskih prava, prava na telesni integritet žene i svakako prava žene da donosi medicinske odluke koje se tiču njenog zdravlja i tela. U daljem tekstu ću pokušati da analiziram pravne aspekte (ne)opravdanosti prava na prekid trudnoće, imajući u vidu uporedno-pravni pristup ovom pitanju.

KONTROVERZNOST PRAVA NA PREKID TRUDNOĆE

Kada se govori o prekidu trudnoće, jedno od spornih pitanja je pre svega pitanje da li nameran prekid trudnoće odnosno abortus uopšte predstavlja me-

Melaniya Jančić, asistentkinja Fakulteta za evropske pravno-političke studije, Novi Sad, Katedra za privatnopravne nauke, Univerzitet Edukons, Sremska Kamenica.

tod planiranja porodice. Pitanje abortusa je prvi put postalo pitanje od globalnog značaja na indirektan način u kontekstu kontrole ukupne populacije¹. U Rezoluciji 1607 (2008) Parlamentarne skupštine Saveta Evrope pod nazivom *Pristup bezbednom i legalnom abortusu u Evropi* istaknuto je da abortus ni u kakvim okolnostima ne može da se posmatra kao metod planiranja porodice, da se mora izbegavati koliko god je to moguće i da se moraju koristiti svi mogući načini u skladu sa pravima žena kako bi se smanjio broj neželjenih trudnoća i abortusa². Ovaj cilj je svakako legitiman, a moguće ga je postići na nekoliko načina, kao npr. edukacijom o kontraceptivnim sredstvima, o posledicama nezaštićenog seksualnog odnosa, kao i o potencijalnim rizicima i posledicama abortusa na opšte i reproduktivno zdravlje. Međutim, zabranom legalizacije abortusa se sasvim sigurno neće smanjiti broj neželjenih trudnoća, ali postoji izvesna verovatnoća da ova zabrana može dovesti do povećanja broja nelegalnih abortusa, koji mogu doprineti veoma ozbiljnim posledicama po zdravlje trudnice. Ovakav stav je potvrđen i u tekstu same Rezolucije, u kojoj je istaknuto stanovište da abortus ne bi trebalo zabraniti u razumnim gestacijskim ograničenjima, jer se zabranom ne postiže manji broj abortusa, nego uglavnom dovodi do tajnih abortusa koji su traumatičniji, kao i do porasta smrtnosti majke i/ili do abortus „turizma” koji je veoma skup i čime se samo odlaže vreme za abortus, a rezultira i u socijalnim nejednakostima³.

U većini država članica Saveta Evrope pravo dozvoljava prekid trudnoće kako bi se sačuvao život trudnice⁴ i opravdanost abortusa pod ovim uslovima se ne dovodi u pitanje. Abortus je dopušten u većini evropskih država, najčešće na osnovu nekoliko indikacija, i to uglavnom da bi se sačuvalo fizičko i mentalno zdravlje majke, ali i u slučajevima silovanja ili incesta, zatim usled oštećenja fetusa ili iz ekonomskih i socijalnih razloga, a u nekim državama i na sam zahtev trudnice, bez potrebe da se navedu bilo kakvi razlozi za to⁵. Međutim, Parlamentarna skupština Saveta Evrope u pomenutoj Rezoluciji izražava zabrinutost da se u mnogim ovim državama nameću brojni uslovi za dozvolu abortusa i time ogra-

¹ U razdoblju od 1960-1970-ih godina vladala je briga da će usled ekspanzije globalnog stanovništva da se nadmaše postojeći resursi hrane i SAD su bile vodeće u sprovođenju programa za kontrolu populacije u zemljama u razvoju, jer se smatralo da je smanjenje broja stanovnika nužno zarad ekonomskog rasta i smanjenja siromaštva. Boyle H, E; Longhofer, W; Minzee, K, November 2015, Abortion Liberalization in World Society, 1960-2009, American Journal of Sociology, 121 (3), rr. 887.

² Član 1. Rezolucije 1607 (2008), <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17638&lang=en>, 12.07.2016.

³ Član 4. Rezolucije 1607 (2008).

⁴ Član 2. Rezolucije 1607 (2008).

⁵ Član 2. Rezolucije 1607 (2008).

ničava efektivan pristup bezbednim, pristupačnim, prihvatljivim i odgovarajućim uslugama abortusa, što ima diskriminatorne efekte, s obzirom na to da žene koje su dobro informisane i poseduju adekvatna finansijska sredstva često mogu lakše da pristupe legalnom i bezbednom abortusu od ostalih koje nisu u takvoj situaciji. Naglasak na odredbe ove Rezolucije je stavio i Evropski sud za ljudska prava u slučaju *A, B and C v. Ireland*⁶, u kojem su tri irske državljanke morale da putuju u Englesku kako bi izvršile abortus zbog zabrane abortusa u Irskoj, a što je imalo negativan uticaj na njihovo zdravlje. Prve dve podnositeljke predstavke su se na osnovu člana 3, 8, 13. i 14. Konvencije žalile na zabranu abortusa u Irskoj iz zdravstvenih razloga. Treća podnositeljka predstavke se žalila, pozivajući se i na član 2, 3, 8, 13. i 14. Konvencije, i na odsustvo zakonodavne implementacije člana 40.3.3. Ustava (na osnovu kojeg država priznaje pravo na život nerođenog deteta uz poštovanje jednakog prava na život majke), što je značilo da podnositeljka predstavke nije imala odgovarajuće sredstvo za ostvarivanje prava na zakonit abortus u Irskoj i pored postojanja rizika po njen život u slučaju produženja trudnoće i porođaja⁷. Ovu odredbu Ustava je upravo na takav način tumačio i Vrhovni sud Irske u presudi u predmetu X 1992. godine istući da je pobačaj zakonit ako postoji stvarna i značajna opasnost po život majke a koja se može izbeći jedino medicinskim prekidom trudnoće⁸.

U ovom slučaju su i pojedine nevladine organizacije iznele zajednička zapažanja o problemima, kao i fiziološkim i fizičkim posledicama sa kojima se susreću žene u državama u kojima je abortus zabranjen, konkretno u Irskoj. Naime, žene su morale da se podvrgnu abortusu u inostranstvu, a što ima određenu težinu, s

⁶ Case of *A, B and C v. Ireland*, No. 25579/05, presuda od 16. decembra 2010. godine, para. 108. Razlozi prve žene koja je podnela predstavku za izvršenje abortusa su bili u vezi sa njenim ličnim okolnostima poput istorije alkoholizma, postnatalna depresija i teške porodične okolnosti imajući u vidu da već ima četvoro male dece. U vreme kada je ostala trudna, iako je smatrala da je njen partner neplodan, nije bila u braku, bila je nezaposlena i živela je u siromaštvu. S obzirom na probleme koje je imala sa alkoholizmom sva deca su data na hraniteljsko staranje. Razlog druge žene je bio taj da nije bila spremna da ima dete u tom momentu, kao i postojanje značajnog rizika da bi trudnoća bila vanmaterična (što je utvrđeno nalazima dva lekara), a sve do samog abortusa nije znala da je trudnoća bila vanmaterična (jer se može tačno dijagnostifikovati tek od šeste do desete nedelje trudnoće). Treća žena je болоvala od raka, tako da je i pored želje da ima dete, strahovala da trudnoća predstavlja rizik po njeno zdravlje, kao i to da su ispitivanja u vezi sa rakom mogla dovesti do oštećenja ploda. U sva tri slučaja doneo odluku da nije neophodno da predstavke razmatra samostalno povodom kršenja člana 14. Konvencije, kao i člana 13. a u vezi sa članom 8.

⁷ Case of *A, B and C v. Ireland*, para. 113. Član 2. Konvencije se odnosi na pravo na život, član 3. se odnosi na zabranu mučenja, član 8. na pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, član 13. na pravo na delotvoran pravni lek i član 14. na zabranu diskriminacije.

⁸ Case of *A, B and C v. Ireland*, para. 37.

obzirom na to da su morale da pribegavaju manje bezbednom abortusu, neizbežnom odlaganju abortusa zbog odlaska u inostranstvo, *de facto* umanjuju mogućnosti ranog neinvazivnog medicinskog abortusa, nelegalnim abortusima u svojoj zemlji ili abortusima u inostranstvu u nebezbednim uslovima⁹. Međutim, u zapazanjima nevladinih organizacija ističe se da, i pored nekih prigovora da prekid trudnoće ima nepovoljan psihološki uticaj na ženu, kao i na njenu buduću plodnost, istraživanja nisu pokazala definitivni stav o negativnom psihološkom uticaju abortusa, pogotovo u odnosu na teret koji nosi neželjena trudnoća, niti su postojali dokazi da abortus utiče na plodnost¹⁰. Naprotiv, kao problem su istakli da su značajna medicinska nega i savetovanje nakon abortusa u Irskoj bila nasumično dostupna i lošeg kvaliteta zbog nedostatka obučenosti i nespremnosti žena da zatraže negu, zatim su zabeleženi slučajevi da se ženama odbijalo pružanje druge vrste zdravstvene nege (poput uskraćivanja tretmana za spašavanje života trudnice, uskraćivanje abortusa ženama kod kojih je utvrđeno teško oštećenje fetusa ili uskraćivanje vršenja neophodnih genetskih analiza nakon abortusa), te stoga nisu neuobičajeni tajni abortusi kao ni napuštanje novorođenčadi u Irskoj¹¹.

U pogledu povrede čl. 8 Konvencije, podnositeljke predstavke su u svojim primedbama istakle da se restriktivnim pravnim režimom u Irskoj nesrazmerno škodilo ženama, pre svega jer je postojao medicinski rizik zbog kasnog, i stoga veoma često hirurškog abortusa, zatim zbog neizbežnog smanjenja medicinske pomoći pre i nakon abortusa, kao i zbog činjenice da je finansijski teret više uticao na siromašne žene, a time indirektno i na njihove porodice¹². Žene su u ovakvim situacijama bile izložene stigmatizaciji i psihološkom opterećenju zbog toga što su u inostranstvu uradile nešto što u njihovoj državi predstavlja ozbiljno krivično delo¹³. Evropski sud je u ovom slučaju još jednom istakao i potvrdio stav iz slučaja *Evans v. The United Kingdom* da „privatni život”, u okviru člana 8 o pravu na poštovanje privatnog i porodičnog života, predstavlja „širok pojam koji obuhvata, pored fizičkog i socijalnog identiteta uključujući pravo na ličnu autonomiju, lični razvoj i uspostavljanje i razvoj odnosa sa drugim ljudskim bićima i spoljašnjim svetom, i pravo na poštovanje kako odluke da se postane roditelj tako i odluke da se ne postane”¹⁴. Međutim, iako je Sud potvrdio da se pod privatnim živo-

⁹ *Case of A, B and C v. Ireland*, para. 120.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Case of A, B and C v. Ireland*, para. 121.

¹² *Case of A, B and C v. Ireland*, para. 173.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Case of A, B and C v. Ireland*, para. 212; *Case of Evans v. The United Kingdom*, No. 6339/05, presuda od 10. aprila 2007, para. 71.

tom smarta i poštovanje odluke pojedinca da postane ili ne postane roditelj, ipak je u slučaju *A, B and C v. Ireland* doneo odluku da trudnoća i prekid trudnoće ne mogu da se tumače u svetlu člana 8. Konvencije i prava žene na privatni život, jer privatni život žene u slučaju trudnoće počinje da bude usko povezan sa fetusom koji se razvija i da to njeno pravo treba odmeravati u odnosu na ostala prava i slobode uključujući i ona koja se tiču nerođenog deteta¹⁵.

Stoga je Evropski sud odlučio da u slučaju prve dve podnositeljke nije došlo do kršenja odredbe člana 8. Konvencije, kao i da, uzimajući u obzir zakonito pravo da se u inostranstvu izvrši abortus uz dostupne odgovarajuće informacije i zdravstvenu negu u Irskoj, zabrana abortusa u Irskoj zbog zdravstvenih razloga i razloga dobrobiti, a na osnovu dubokih moralnih stavova irskog naroda, ne predstavlja prekomerno mešanje države. Sud je u ovim slučajevima izneo stav da osporena zabrana predstavlja pravičnu ravnotežu između prava ove dve podnositeljke na poštovanje njihovog privatnog života i prava nerođenog deteta. U slučaju treće podnositeljke Sud je utvrdio postojanje kršenja ovog člana, s obzirom na to da joj vlasti nisu u skladu sa svojom pozitivnom obavezom omogućile poštovanje njenog privatnog života već su to pravo povredile, obzirom da nisu obezbedile donošenje zakona kojim bi se regulisalo Ustavom zagarantovano pravo na zakonit prekid trudnoće¹⁶. Međutim, šest sudija se delimično nije saglasilo sa konačnom odlukom suda da u prva dva slučaja nije došlo do kršenja odredbe člana 8. Konvencije, ističući da pitanje koje se pred Sudom postavilo nije bilo pitanje kada počinje život, pre ili nakon rođenja, već pitanje da li pravo na život fetusa, bez obzira na to kada život počinje, može da se upoređuje i odmerava u odnosu na pravo na život majke, njenim pravom na ličnu autonomiju i razvoj, te su se saglasili da pravo fetusa na život ima manji značaj od prava i interesa majke¹⁷. Stoga su istakli da je nesporno da postoji konsenzus među evropskim državama da se, bez obzira na odgovor na naučno, versko ili filozofsko pitanje o momentu kada počinje život, pravo na život majke, a u većini zakonodavstava i pravo na zdravlje i dobrobit smatraju vrednijim od prava na život fetusa¹⁸. U izdvojenom mišljenju

¹⁵ *Case of A, B and C v. Ireland*, para. 213.

¹⁶ *Case of A, B and C v. Ireland*, para. 222, 241, 242, 267, 268.

¹⁷ *Case of A, B and C v. Ireland*, Joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni and Poalelungi, point 2.

¹⁸ *Ibid*. Ovih šest sudija navodi da su po svojoj prirodi prava fetusa i prava žive osobe nejednaka, jer s jedne strane su prava osobe koja već aktivno učestvuje u društvenoj interakciji, a sa druge strane su prava fetusa u sklopu tela majke i čiji život nije konačno određen sve dok se ne završi trudnoća i ne dođe do porođaja i čije učešće u društvenoj interakciji još nije ni počelo. Takođe su utvrdili postojanje konsenzusa većine država članica Saveta Evrope o tome da se dozvoli abortus, tako da bi prve dve podnositeljke predstavki mogle da izvrše abortus na zahtev u oko 30 država članica

se posebno ističe da Evropski sud u skladu sa svojom sudskom praksom, u slučajevima u kojima je Sud utvrdio da postoji konsenzus evroskih država oko pitanja koje se tiče ljudskog prava, odlučivao da se takvim konsenzusom značajno sužava polje slobodne procene i da je ovaj jedan od retkih slučajeva u kojima je Sud odlučio da se polje procene ne sužava sa obrazloženjem da je činjenica da su podnositeljke predstavke imale zakonsko pravo da otputuju u inostranstvo radi abortusa, kao i pristup odgovarajućim informacijama i medicinsku negu u Irskoj sasvim dovoljna da se opravda zabrana abortusa iz zdravstvenih razloga i razloga dobrobiti¹⁹.

Iako je Evropski sud kroz svoju praksu veoma oprezno, pa i nedosledno postupao u slučajevima koji se tiču prava na prekid trudnoće i nije stao u apsolutnu zaštitu ovog prava, ipak je jasno izrazio stav da niko ne može da bude nateran da postane roditelj i da se takva odluka pojedinca mora poštovati, kao i to da nema dileme oko opravdanosti abortusa usled ugroženosti života ili zdravlja majke, imajući u vidu da su pojedine države, poput Irske, čak i u takvim situacijama uskaćivale ženama izvršenje prekida trudnoće. Evropski sud je ipak uzimao u obzir nacionalna zakonodavna rešenja koja nisu jednoobrazna na evropskom nivou, ali i polje slobodne procene država, koje u pojedinim slučajevima Sud tumači dosta široko, te stoga ne zauzima jasne, čvrste i dosledne stavove.

Kada se radi o abortusu na zahtev trudnice, najkontroverznije pitanje, osim opravdanosti njegove legalizacije, jeste do koje gestacijske dobi je opravdano izvršiti prekid trudnoće. Po mom mišljenju, ne treba dovoditi u pitanje legalizaciju prava na prekid trudnoće, ali je opravdano ograničenje ovog prava u zavisnosti od gestacijske starosti ploda.

Problem koji se javlja usled inkriminacije i zabrane prava na prekid trudnoće jeste što se u takvim okolnostima njegovo izvršenje ne obavlja u zdravstvenim ustanovama i prema pravilima medicinske struke, što dalje vodi riziku po zdravlje i život trudnice i predstavlja veliki problem u oblasti javnog zdravlja, a što svakako nije interes nijedne države. Problem takođe predstavlja i to što u državama koje zabranjuju prekid trudnoće, svaki prekid trudnoće je ilegalan i povlači za sobom krivične sankcije i krivičnu odgovornost, a ne samo rizik po zdravlje žene. Pri tome ne treba zanemariti interese koji se štite zabranom prekida trudnoće, kao i cilj koji se želi time postići i da li je on opravdan. Kao prvo, ako je interes koji se štiti odustanak trudne žene od nameravanog prekida trudnoće, zabranom

(prva bi mogla da izvrši abortus u oko 40 država, a po osnovu prava na zdravlje i dobrobit, dok bi druga mogla da izvrši abortus u oko 35 država, pozivajući se samo na razloge dobrobiti), point 4.

¹⁹ Joint partly dissenting opinion of judges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni and Poalelungi, point 5, 6.

se to ne postiže, jer zabrana ne utiče na odluku žene da prekine trudnoću. Naime, i u članu 4. Rezolucije 1607 (2008) Saveta Evrope je naglašeno da zakonitost abortusa ne utiče na potrebu žene da izvrši prekid trudnoće, nego jedino na njen pristup bezbednom abortusu. Kao drugo, ako je cilj zabrane prekida trudnoće zaštita nerođenog deteta ili pak, povećanje nataliteta, zabrana tome neće doprineti, ali sasvim sigurno može doprineti povećanju broja dece bez roditeljskog staranja i pogoršanju javnog zdravlja. Naime, odluka trudne žene da prekine trudnoću je najčešće izazvana određenim nepovoljnim ličnim, porodičnim, socijalnim, medicinskim ili drugim okolnostima usled koje ne želi ili ne može da zadrži trudnoću, tako da je prinuđena da traži ilegalna rešenja. Legalizacijom prava na prekid trudnoće se postiže da se abortus vrši na bezbedniji način, prema tačno utvrđenim pravilima medicinske struke i u okviru zdravstvene ustanove pod stručnim nadzorom, što znatno smanjuje rizik po život i zdravlje trudne žene, smanjuje stopu smrtnosti žena usled nelegalnog i nebezbednog prekida trudnoće²⁰, kao i osećaj krivice usled nelegalnog prekida trudnoće²¹.

Razlozi kojima se argumentuje neopravdanost prekida trudnoće jesu uglavnom religijske i moralne prirode, dok ovo pitanje u pojedinim državama, poput SAD-a predstavlja i političko pitanje. Tako na odluku zakonodavca da se ne legalizuje pravo na bezbedan prekid trudnoće u velikoj meri utiču etički i religijski aspekti. Međutim, pravo ne bi trebalo isključivo i bez upitnosti da se oslanja na argumente koji su religijski obojeni, pogotovo imajući u vidu sekularno uređenje u većini država. Sa jedne strane, nedopustivo je i neopravdano da se crkve i verske zajednice bave pitanjima iz nadležnosti zakonodavne vlasti. Sa druge strane, legalizacija prekida trudnoće nema značaja i ne utiče na odluku žene – vernice da se ne podvrgne ovoj vrsti medicinske intervencije, iako ta intervencija nije zakonom zabranjena, ako je ta odluka u skladu sa njenim etičkim i verskim shvatanjima. Međutim, ovim se želi omogućiti pravo ženama koje, i pored svih eventualnih rizika koje sa sobom nosi ovaj vid intervencije, žele ili su prinuđene da izvrše prekid trudnoće iz njima opravdanih razloga. Svi vernici će i pored legalizacije prekida trudnoće poštovati verske stavove i neće koristiti zakonsku mogućnost prekida

²⁰ Pod nebezbednim abortusom se smatra trudnoća koja je prekinuta od strane osoba koje ne poseduju neophodno znanje i potrebne veštine ili kada se vrši u okruženju koje nije u skladu sa minimalnim medicinskim standardima ili oba (WHO, Preventing unsafe abortion, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs388/en/>, 20. 08. 2016).

²¹ Postoje dokazi da su žene koje imaju negativan stav prema abortusu sklonije mentalnim problemima usled prekida trudnoće, te se čini verovatnim da stigmatizirajuće dejstvo krivične zabrane abortusa može da dovede do oštećenja psihičkog zdravlja žene (Sheldon, S, Summer 2016, The Decriminalisation of Abortion: An Argument for Modernisation, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 36, No. 2, pp. 349).

trudnoće, međutim nisu svi vernici i tu ne sme da postoji diskriminacija. Ovo pitanje je, dakle, usko povezano i sa pitanjem diskriminacije, kao i pitanjem prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Država ne bi trebalo da se bavi pitanjem odlučivanja o dopuštenosti prekida trudnoće, već njena obaveza treba da se ogleda u obezbeđivanju svih potrebnih uslova za stručan i bezbedan prekid trudnoće.

Postavlja se, zatim, pitanje da li su razlozi za zabranu legalizacije prava na prekid trudnoće opravdani. Ako prekid trudnoće predstavlja metod planiranja porodice, interes države treba da bude plansko zasnivanje porodice, a ne rađanje dece po svaku cenu. Zabrana prekida trudnoće se opravdava time što je pravo na prekid trudnoće u koliziji sa pravom začetog, a nerođenog, deteta na život. Međutim, problem predstavlja pitanje da li se i od kojeg momenta fetus smatra živim bićem. Da li je to momenat začeća, neki određeni momenat tokom trudnoće ili momenat rođenja? Oko odgovora na ovo prilično složeno pitanje nema saglasnosti, a što je i Evropski sud za ljudska prava potvrdio u svojoj odluci u slučaju *A, B and C v. Ireland* ističući da ne postoji konsenzus na nivou Evrope o naučnoj i pravnoj definiciji o početku života i oko pitanja da li se nerođeno dete smatra osobom²². *Sheldon* ističe da ljudski fetus, iako ne predstavlja u potpunosti moralnu osobu sa istim etičkim statusom kao neko ko je već rođen, ipak predstavlja moralnu vrednost i ima značaj koji se povećava dok raste tokom trudnoće²³. U slučaju *Rance v Mid-Downs Health Authority [1991] 1 QB 587* je iznet stav da se fetus ne smatra pravno sposobnim licem sve dok se ne rodi živo i ne odvoji od tela majke²⁴. Autori *Simester* i *Sullivan* ističu da se fetusu, do momenta porođaja i rođenja, ne može priznati potpuni status čoveka²⁵. Isto tako i *Singer* naglašava da ako kažemo da je s moralne strane pogrešno ubiti onda moramo sagledati stvarne karakteristike bića, a ne samo vrste kojoj biće pripada i tako posmatrano, abortus nije pogrešan jer iako su embrioni i fetusi ljudska bića, oni nisu osobe niti poseduju mentalnu sposobnost samosvesti (po čemu se zapravo razlikuju ljudska bića od ostalih bića koja nemaju pravo na život)²⁶.

²² *Case of A, B and C v. Ireland*, para. 237.

²³ Sheldon, S, Summer 2016, The Decriminalisation of Abortion: An Argument for Modernisation, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 36, No. 2, pp. 336.

²⁴ Sposobnost da se rodi živo znači sposobnost da postoji kao živo dete odnosno da „živi i diše samostalno kroz sopstvena pluća, bez ikakve konekcije sa sopstvenom majkom” (*Sheldon*, S, Summer 2016, rr. 336, videti i *Savell*, K, 2006, Is the ‘Born Alive’ Rule Outdated or Indefensible, *Sidney Law Review*, 28, rr. 638).

²⁵ *Simester*, A; *Sullivan*, R, 2000, *Criminal Law Theory and Doctrine*, rr. 320 citirano prema *Savell*, K, 2006, rr. 633.

²⁶ *Singer*, P, 1999, *Practical Ethics*, pp. 152-156 citirano prema *Savell*, K, 2006, rr. 641.

Reproduktivno zdravlje je od strane Svetske zdravstvene organizacije priznato kao osnovno pravo koje uključuje pravo i muškaraca i žena da budu informisani i da imaju pristup sigurnim, efikasnim, dostupnim i prihvatljivim metodama plodnosti²⁷. Iako je pravo na poštovanje autonomije pacijenta u kontekstu abortusa kontroverzno, malo njih bi osporilo važnost ovog opšteg principa u medicinskoj praksi, što predstavlja jak argument u prilog podrške ženama da donose sopstvene, informisane medicinske odluke o trudnoći, osim ako postoji veoma dobar razlog da im se to pravo uskrati²⁸. Ovaj stav je dobio potvrdu i u presudi Vrhovnog suda Velike Britanije iz 2015. godine u slučaju *Montgomery v Lanarkshire Health Board* kojem se ističe da se društvenim i pravnim razvojem udaljava od modela odnosa između doktora i pacijenta koji se bazira na medicinskom paternalizmu, kao i od modela baziranog na stanovištu da pacijent u potpunosti zavisi od informacija pruženih od strane doktora, kao i da „ono čemu se teži jeste pristup pravu koje, umesto da tretira pacijente tako što ih u potpunosti prepusti doktorima (u kojim situacijama su pacijenti skolni da te iste doktore tuže u slučaju razočaravajućeg ishoda), tretira ih što je više moguće kao odrasle osobe sposobne da razumeju da je medicinski tretman neizvesnog uspeha i može da uključuje rizike, prihvatajući odgovornost za preuzimanje rizika koji utiče na njihove sopstvene živote i živeti sa posledicama svojih izbora”²⁹.

Kao svrha zabrane abortusa ističe se i potreba da se sačuva zdravlje majke, međutim, u današnje vreme ovakav zahvat se obavlja na daleko bezbedniji način nego ranije (imajući u vidu napredak medicine) i svaki argument protiv abortusa, a u svrhu očuvanja zdravlja bi bio neodrživ³⁰. Tvrdnje da abortus može da prozrokuje kancer dojke ili sterilitet odnosno nepolodnost su se pokazale kao naučno neosnovane, a ni kada se radi o mentalnom zdravlju ne postoji dokaz koji bi podržao stav da abortus dovodi do narušavanja zdravlja u psihološkom smislu³¹. Međutim, čak i ako postoje određeni rizici u slučaju operativnog prekida trudnoće, postavlja se pitanje koji operativni zahvat ne nosi sa sobom rizike, pogotovo imajući u vidu zahvate u oblasti estetske hirurgije koja sve više postaje popularna i dostupna, a predstavlja intervenciju iz čisto estetskih, a ne zdravstvenih razloga, ali niko ne postavlja pitanje njihove opravdanosti i dopuštenosti. Ženama ne škodi, kako navodi *Sheldon*, ako se abortus vrši na bezbedan i legalan način, me-

²⁷ WHO, Reproductive Health, www.who.int/topics/reproductive_health/en/, 15.08.2016.

²⁸ Sheldon, S, Summer 2016, pp. 336.

²⁹ *Montgomery v Lanarkshire Health Board* [2015] UKSC 11, presuda od 11. marta 2015. godine, para. 81.

³⁰ Sheldon, S, Summer 2016, pp. 348.

³¹ Sheldon, S, Summer 2016.

đutim u zemljama u kojima se primenjuju restriktivni krivični zakoni žene su prinuđene da posegnu za nelegalnim prekidima trudnoće, što dovodi do značajnog i vidljivog oštećenja³². Tako je npr. u Velikoj Britaniji smrtnost majke usled abortusa gotovo eliminisana, dok se procenjuje da usled nebezbednog abortusa umre 47.000 žena svake godine širom sveta i to pretežno u zemljama koje imaju strogu primenu prohibitivnog zakonodavstva³³. Procenjuje se da ukupan broj izvršenih abortusa (legalnih i ilegalnih) svake godine širom sveta iznosi oko 56 miliona, dok ukupan broj nelegalnih abortusa svake godine iznosi oko 22 miliona, a skoro svi su izvršeni u zemljama u razvoju³⁴.

ZAKLJUČAK

Skoro sve zemlje članice Saveta Evrope su u svojim zakonodavstvima legalizovale, više ili manje restriktivno, i dekriminalizovale prekid trudnoće ili se barem kreću ka usvajanju takvog rešenja, iako se na svetskoj pravno-političkoj sceni sve češće javljaju protesti i glasovi u prilog zabrani abortusa. Međutim, postavlja se pitanje šta je svrha i da li postoji legitiman cilj za usvajanje zabrane abortusa. Odgovori na ova pitanja su veoma različita, od toga da je svrha zabrane abortusa zaštita prenatalnog života kao i zaštita zdravlja majke do toga da je svrha porast nataliteta. Sa druge strane svrha legalizacije abortusa ogleda, pre svega, u zaštiti života i zdravlja majke, ali i poštovanje prava žene na reproduktivnu autonomiju. Zabranom prekida trudnoće i uskraćivanje prava na pristup bezbednom i legalnom abortusu ne otklanja se mogućnost prekida trudnoće, već se time samo ograničava mogućnost žene odnosno trudnice da to učini na stručan i bezbedan način. Zabranom prekida trudnoće se ne postiže sprečavanje njegovog izvršenja (dakle, eventualno se sprečava izvršenje određenog broja abortusa, ali ne svih), ali se postiže da se abortus vrši van medicinskih ustanova i bez stručnog medicinskog nadzora, što često ima veoma ozbiljne posledice po život i zdravlje žene. Istovremeno, smatram da se zabranom prekida trudnoće ne utiče na značajan rast nataliteta, jer, imajući u vidu kompleksnost ovog pitanja, na natalitet utiču osim pravnih i mnogobrojni drugi faktori. Razlozi zabrane vrlo često jesu moralne i religijske prirode, međutim, kako *Sheldon* naglašava, verske vrednosti treba da ceniti u okviru religije, moralna pitanja u okviru etike, dok medicinske tvrdnje treba dokazivati i temeljiti na snažnoj naučnoj osnovi bez tolerisanja politič-

³² Sheldon, S, Summer 2016.

³³ Sheldon, S, Summer 2016, rr. 348, 349.

³⁴ WHO, Preventing unsafe abortion, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs388/en/>, 20. 08. 2016.

ke ideologije koja je zamaskirana kao naučna činjenica³⁵. U prilog pravu na pristup bezbednom prekidu trudnoće, Parlamentarna skupština Saveta Evrope je u svojoj Rezoluciji 1607 (2008) potvrdila pravo svih ljudi, a naročito žena, na poštovanje njihovog fizičkog integriteta i slobode da kontrolišu sopstvena tela, a u tom kontekstu, krajnja odluka o tome da li prekinuti trudnoću ili ne, treba da bude na ženi koje se to tiče i koja treba da ima sredstva za ostvarivanje ovog prava na efikasan način (član 6 Rezolucije).

MELANIJA JANČIĆ

Teaching Assistant, University Educons,
Sremska Kamenica, Faculty of European Legal
and Political Studies, Novi Sad, Department of Private Law

CONTROVERSY OF THE RIGHT TO ABORTION AS A METHOD OF FAMILY PLANNING

Summary:

In this paper, the author is trying to analyze legal aspects of (un)justification of the right to abortion, having in mind the case law of ECtHR and comparative law approach to this issue. Although there is no academic and scientific consensus regarding either the issue of admissibility and justification of the right to abortion as a method of family planning or the issue of the beginning of human life, almost all Council of Europe member states have adopted legislation legalizing and decriminalizing abortion. Arguments suggesting that such family planning method is unjustified are mainly religious or ethical. However, legal systems and legislations should not be based on religious arguments, especially having in mind secularity of most states. Termination of pregnancy is also a human rights issue and the matter of the right to bodily integrity of women and the right to a make informed medical decisions regarding her health and body. Adopting restrictive abortion laws or prohibitive legislations does not remove the women's possibility of terminating a pregnancy, but only limits her ability to do it safely, which can lead to serious consequences to women's life and health. Although the European Court has not upheld the absolute protection of abortion through its case law, it has still stated clearly that 'private life' incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent. In favour of the right to have access to safe and legal abortion, Parliamentary Assembly of the Council of Europe adopted Resolution 1607 (2008) in which "the Assembly affirms the right of all human beings, in particular women, to respect for their physical integrity and to freedom to control their own bodies. In this context, the ultimate decision on whether or not to have an abortion should be a matter for the woman concerned, who should have the means of exercising this right in an effective way" (Art. 6).

³⁵ Sheldon, S, Summer 2016, rr. 336.

DRAGOLJUB KAVRAN

REFORMA JAVNE UPRAVE – MISIJA I STVARNOST

U ljudskom dostojanstvu postoji kvalitet koji bi trebalo da čoveku omogući uzdizanje iznad niskih strasti svog doba .(Ajnštajn, 1955)

Pred velikim smo izazovima kao država. Kako sačuvati demokratiju i istovremeno ubrzati preobražaj celog društva, naročito uprave koja se nalazi pred (naizgled) paradoksom: *množe se zadaci i složenost poslova - državna uprava se brojučano smanjuje*. “Kako učiniti više - sa manje?”.

Uprava se “smanjuje” ukoliko se steknu uslovi. Ti se uslovi mogu potpuno odrediti tek nakon funkcionalne analize utvrđivanja potreba, količine i kakvoće zadataka i poslova koji se nepekidno menjaju. Smanjenje nije jednostavan aritmetički niti proporcionalan process. Porast složenosti u društvu, uvođenje E-vlade, usavršavanje kadrova i pojednostavljenje operativnih procedura i postupaka u procesima informatizacije čini ga složenim .

Strategije uprave, uvek privlačne, gotovo nikad se do kraja ne izvršavaju: u sebi sadrže klicu sopstvene slabosti: da bi bile prihvaćene , mora se mnogo obećavati. Pretpostavljaju postojanje snažne i trajne političke volje koja podržava rezultate analize na osnovu koje je strategija nastala. Sem toga stalno podstiče tempo promena. Pošto je vremenski horizont kratak, pretpostavljalo se pri projektovanju postojanje prikladno obučениh kadrova u najčešće znatno većem od realnog broja. Nestaje dinamika, ispunjavanje ciljeva kasni. To stvara tihi cinizam koji ote-

žava kasnije taktičko, inkrementalno uvođenje promena, skromnije ali efikasno i održivo.

Glomaznu, sporu i neefikasnu državnu upravu valja smanjiti po svaku cenu – uobičajena je tema svih izbora. Ali, prisetimo se poznate priče o ulasku u raj. Novodosli su pitali Sv. Petra: kakva je razlika između raja i pakla. Sv. Petar im skrenu pažnju da stvarne razlike nisu onolike kakve ih zamišljamo. Sve zavisi od toga ko šta i kako radi. U raju – Francuzi su kuvari, Britanci policajci, Nemci administratori, Norvežani donatori, Japanci željezničari.. U paklu, Englezi su kuvari, Amerikanci policajci, Bosanci administratori... Problem u paklu nije broj kuvara, ni broj Engleza niti ukupna populacija pakla... dakle, problem uprave nije njena veličina, ili stepen rasta nego *šta uprava radi i kako radi*.

Čini se da nam je opet potrebna visoka motivisanost, koncentracija i izdržljivost, građanska hrabrost, jaka volja, odlučnost, sposobnost za realnu dijagnozu stanja u neposrednom okruženju, oduševljenje u želji da se ciljevi ispune i zadaci izvrše.

Setimo se, “prva” upravna reforma koja se desila početkom 2000 odmah po padu ranijeg režima, dovela je do smanjenja broja ministarstava sa 35 – na 17 resora. Bila je završena brzo, entuzijazam je bio visok, nosioci “političke volje” energično su podržali upravnu reformu.

Nastala je svest o potrebi da se promeni misija, struktura i način funkcionisanja državne uprave i lokalne samouprave. Odlazili su oni koji “ništa novo ne mogu da nauče niti staro da zaborave”, zapošljavali su se mladi, počelo je širenje informacionih tehnologija, reforma zakonodavstva.

Uvođenje novih metoda i tehnika upravnog rada pripremano je na specijalizovanim seminarima, radionicama i drugim oblicima treninga kraćeg trajanja u zemlji i inostranstvu. To se pokazalo dragocnim. U brzom ritmu rasla je i međunarodna opšta i specijalizovana podrška: Ujedinjenih Nacija, Svetske Banke Saveta Evrope, NISPAcee, Nemačke, Austrije, Norveške, Švajcarske i drugih zemalja i njihovih specijalizovanih organizacija. Verovali smo u sebe i drugi u nas. Reorganizacija uprave je bila efikasna, ostvaren je širok dijalog sa inostranim ekspertima i stručnim organizacijama, počelo je ostvarivanje projekata, pripremljeni su uslovi za harmoničan transfer primenjivog inostranog znanja, institucionalizacija permanentnog obrazovanja ostvarena je promenama nastavnih planova i sadržaja, naročito na pravnom fakultetu i FON-u u Beogradu. Na redu je bila konsolidacija procesa promena. Unutrašnji činioci reforme povoljno su uticali, a to su:

Uslovi ambijenta i organizacione kulture:

– Administrativna kultura iako u osnovi birokratska, sa nasleđenim tragovima personalne unije između državne uprave i jedine partije na vlasti - bila je

“otvorena”, spremna za promene; Proces demokratske legitimizacije počeo je uspešno;

- Ekonomske mogućnosti su bile povoljne kao posledica otvaranja znatno šireg prostora za delovanje tržišta i pogodnosti koje su omogućili kreditori i nove investicije;

- Hrabrost, pronicljivost i sposobnost za preuzimanje razumnih rizika, osobine koje su se cenile - bile su prevladavajuće među vodećim kadrovima,

- Programi razvoja menadžmenta su uticali na rukovodioce u upravi spremne za samostalni razvoj, grupno ili organizovano učenje;

- Počelo je usklađivanje sa sistemom prava EU – *Acquis Communautaire*.

Ali prvobitni polet uskoro je počeo da jenjava, zamor raste, birokratski mentalitet je počeo ponovo da se širi, politička situacija da se komplikuje, uz neobuzdanu “agentifikaciju” javio se i amaterizam, počelo je slabljenje institucija, korupcija je rasla, nicao je klijentelizam i nepotizam, dosle su u opasnost pravna država i društvo zbog nastavljanja cenrifugalnih tendencija i pojava nedovoljno kontrolisane samovolje.. Neosetno su se pojavile tendencije ka koncentraciji vlasti, autoritarnom rešavanju. Privatizacija je sem uspeha dovela i do ugrožavanja javnog interesa, osećanje bespomoćnosti počelo je da osvaja važne delove društva.

Istovremeno, i u mnogim se zemljama javljaju tendencije ka autoritarnosti kao bržem i “sigurnijem”metodu rešavanja problema. Poznato je, međutim, da je autokratija suprotnost demokratiji. i pored toga, danas izgleda da brže napreduju zemlje koje nisu idealan primer demokratije. S druge strane, samo tri od deset građana Amerike, donedavno “uzora”demokratije veruje svojim vlastima. Ali, ne zaboravimo da je drugi predsednik SAD, Džon Adams, tvrdio još 1814 da: “...demokratija nikad ne traje dugo... vremenom, upropašćava i ubija samu sebe. Nikad nije bilo demokratije koja nije izvršila samoubistvo”¹

Danas, praktično sve zemlje sveta imaju ustave koji proklamuju opredeljenost za demokratiju. Među njima su i one sa totalitarnim sistemima vlasti. Ugled demokratije je znači još uvek nesporan. Pojavljuju se, međutim sumnje u njenu svrsishodnost, često i u vrlo rafiniranom obliku, među najnovijim su i shvatanja o “transformativnom realizmu”. Ipak, građani učestvuju u “ko-kreiranju” javnih politika na specifične načine.

Ovo je pitanje od značaja za našu analizu dejstva teorija i prakse vezanih za shvatanje “Nove Javne Funkcije” (New Public Service) R. Denharta na kraju milenija, suprotstavljanje i “kohabitacija” tog shvatanja sa koncepcijama “New Public Managementa” O ovome široko prapavlja Dr Graham Room u radovima “

¹ Micklethwait, John; Wooldridge, Adrian: *The Fourth Revolution: the Global Race to Reinvent the State*, Penguin Books, 2015.

Complexity, Institutions and Public Policy” i najnovijoj knjiži: “Agile actors on Complex Terrains”.

U međuvremenu, setimo se i nastanka i sudbine prve demokratije, nastale na Balkanu koju su izgradili Atinjani: trajala je kratko, do poraza Atine u sukobu sa Makedoncima 322 godine pre n.e. Francuska revolucija, veliki prodor univerzalnih ideja slobode, bratstva i jedinstva vodio je krvoproliću i tiraniji, zaustavljenoj ratom. Titova Jugoslavija, utopijski eksperiment, od 1950. i blaža varijanta komunističke ideje, zajedno se sa samoupravljanjem - raspala pre četvrt veka.

Čuvena je Čerčilova je tvrdnja “...demokratija ne valja ništa - od nje su jedino gori ostali politički sistemi”. Bernard Baruh, savetnik čuvenog predsednika SAD Frenklina Ruzvelta savetovao je birače: “...glasajte za onoga ko obećava najmanje. Tako ćete se najmanje razočarati...”.

Kako ćemo sada dalje, zajedno sa svojom “kućom nasred puta”? Kako održati demokratiju izgrađivši efikasnu a manju upravu i lokalnu samoupravu, ne pasti u zamku autokratije u kojoj ne može biti pravne države kao sto su nas toliki lideri u istoriji poučili – za zadnjih dvadeset godina broj država za koje se može reći da su demokratske - značajno je opao.

Promene koje sada nastaju ubrzano u procesima razvijene tranzicije zahvataju novi, znatno siri pristup. Valja istraziti, projektovati i usvojiti materijalno pravo i norme koje ga u javnoj upravi predstavljaju. Usvajati elemente i direktive “Evropskog Upravnog Prostora” ne znajući kako će EU najzad izgledati kada se sadašnje turbulencije smire. Prilagoditi sistem procesnog prava, počevši od Zakona o opštem upravnom postupku prirodnom ali i brzom razvoju prava uz poštovanje Evropskih standarda, sledeći korisna iskustva domace pravnicke kulture.²

Očekuje nas i proređivanje obimnog korpusa Lex Specialis zakonodavstva koji rigoroznom analizom treba svesti na razumnu meru a proliferaciju izbeći. Sada se čini da je najvažnije - skupom skladno povezanih podzakonskih akata i operativnih procedura uz odgovarajući trening i političku volju pojednostaviti i bitno ubrzati izvršenje.

Opasna je tendencija koja se, iznenađujuće, širi svetom – ne poštovati dosledno “Rule of Law” - vladavinu zakona kao nezamenljivu i neuklonjivu civilizacijsku osnovu svakog vladanja. Pravo “jačeg” koje najcesce oličava izvršni aparat postepeno ruši mir i red svake države a u odnosima među državama stvara tesko ugasive konflikte i uzrokuje nesreće koje ugrožavaju svetski mir i dovode do, srećom, samo ciničnog zaključka da je... “Treći svetski rat već poceo, samo se to još ne primećuje”. Čini se da je apsolutno važna promišljena i duboka regulatorna *re-*

² RESPA – Regional school of Public Administration: Comparative Study: Legal Remedies in Administrative Procedures in Western Balkans, Authors: dr Ivan Koprić, dr Polonca Kovač, dr Vedran Đulabić, dr Jasmina Džinic, Danilovgrad, Crna Gora.

forma kao oblik revizije, pojednostavljenja” – prilagođavanja- kao i neprekidnog razvoja pravnog sistema koji se poštuje i izvršava.

Očigledno je da smo ušli u period u kome valja beskompromisno ubrzati snazenje institucija. unaprediti sudstvo, podići mu status zasticujući ga od vanpravnih uticaja i mogućih zloupotreba. Valja i rafinirati procese politickog odlucivanja, proširiti prostore učešća građana opstom podrskom za hrabre, inovativne, pronicljive ali i pragmatične nosioce politicke volje sa sposobnoscu predviđanja i prepoznatljivim moralnim standardima.

Političke odluke se u većini razvijenih zemalja u sve većoj meri, i u donošenju i pri organizovanju izvršenja i pri izvršavanju oslanjaju na reorganizovanu i u stručnim oblastima departizovanu i reprofesionalizovanu javnu upravu, koja se uz, objektivno ali i selektivno smanjivanje, kvalitativno menja oslobađajući se skleroze i balasta. Treba uvek osetiti vreme i uklanjati servilne amatere. Motivacija i energija, visoka profesionalnost, sposobnost za identifikaciju javnog interesa i s njom povezana lojalnost neophodne su i trajne osobine.

Težak zadatak nas očekuje: energicno, uporno i dosledno suzbijanje korupcije. Podvesti je pod sve jaču političku, regulatornu i funkcionalnu kontrolu. Inače, svetska iskustva svedoče da, nekontrolisana, može kompromitovati napredak. Setimo se samo 7 zemalja – “tigrova” sa najbržim stopama rasta. One koje su često i veoma ostrim merama smanjile korupciju uspele su da održe rast i tempo ukupnog razvoja, ostale su u stanju latentne krize. U Evropi, posebno nas poučavaju iskustva sa Ukrajinom koja trpi posledice enormne korupcije jer međunarodna podrška slabi ili menja sadržaj. U našoj zemlji, pitanje stavljanja korupcije pod efikasnu kontrolu valja odrediti kao maksimalni prioritet, posvetiti najveću realno moguću paznju razvoju mehanizama i metoda suzbijanja korupcije.³ Pri ovome, angazovati najbolje kadrove, sa najvišim moralnim standardima kakve Lorens Kolberg preporučuje u svojim radovima

U sistemu obrazovanja i usavršavanja kadrova za nove zadatke koji nastaju našim izlaskom na “otvoreno i uzburkano more” neizvesnih situacija koje se “dnevno” menjaju, uspešna navigacija ne zavisi samo od talenta kormilara vec zavisi i od kvaliteta donošenja odluka i njihove održivosti i u spoljnoj politici gde imamo dosta uspeha i od kompetentne, profesionalne i disciplinovane operativne podrške koja je neophodna za stabilizovanje države i njenih političkih, socijalnih i ekonomskih funkcija. Ovde je od izuzetnog značaja uloga obrazovnih kapa-

³ Korupcija u Srbiji. Grupa autora: D. Antić, B. Babović, B. Begović, M. Vasović, Z. Vacić, S. Vuković, Z. Ivošević, D. Kavran, B. Mijatović, B. Stojanović, D. Hiber, CLDLS; Beograd, 2001, Studija nagrađena I nagradom na konkursu Sir Anthony Fischer Memorial Awards. Filadelfija, SAD, 2001.

citeta u oblasti javne uprave pri čemu se istice stoletno iskustvo Pravnog fakulteta u Beogradu kao i FONa.

Nedavno je na Pravnom fakultetu u Beogradu poceo sa radom Centar za javnu upravu. Treba podržati nastojanja da se Centar što pre iskoristi zbog kapaciteta koje ima obzirom na instituciju čiji je deo ali i za široku regionalnu saradnju koju je neophodno još ekstenzivnije negovati..

Podrazumeva se proširivanje saradnje na prostoru bivse Jugoslavije, zbog nepostojanja jezičke barijere, sličnih potreba neretko zajedničkih interesa koji se geopoliticki mogu shvatiti sa lakocom. Ovde je potreban elastični pristup, spremnost na kompromis i uzajamnost.

Za malu zemlju izuzetno je znacajno sarađivati i sa inostranim organizacijama i centrima za razvoj javne uprave u celoj Evropi i van nje, sa respektabilnim univerzitetima kroz twinning i druge aranzmane koji su pokazali visoku efikasnost. Narocito je sada potrebno raditi na fleksibilnoj identifikaciji misija, ciljeva i obrazovnih potreba organa i organizacija javne uprave i lokalne samouprave koje se neprekidno menjaju kao posledica širenja i razvoja E-uprave.

Posebno je značajno u najvećoj meri podržati permanentnu saradnju sa oblicima upravnog sudstva u drugim zemljama zbog uzajamnog transfera naučnih rezultata i stručne prakse. Ne treba zaboraviti da smo zemlja koja se razvija i kroz široko korišćenje iskustava drugih pravnih sistema, koja trajno pripada kontinentalnom sistemu, milenijumskom nasleđu i kulturi koja određuje i naš identitet. Savremena kretanja vode sinergiji, uticaju i drugih pravnih sistema, uzajamnom inspirisanju u usvajanju novih rešenja.

Odluka o saradnji sa EU sadrži odredbe koje se mogu protumaciti kao napor da se zemljama kandidatima pomogne u podizanju kvaliteta rada njihove javne uprave u procesu pristupanja. To se čini otežavanjem pa i praktičnim isključenjem dela intelektualnog kapaciteta koji "radi u nekoj od organizacija države". Pri ovome ovde izgleda da spadaju i tzv "državni" univerziteti. Ovo rešenje za izvođenje projekata EU čini se nedovoljno efikasnim. Ne može se, pri tome, prakticno isključiti značajan deo najsposobnijih i najtalentovanijih. Naš intelektualni kapacitet kao objektivno male zemlje – nije velik. Ovom se merom njegovo korišćenje smanjuje.

Mi nemamo dovoljno razvijen privatni sektor koji je sisteme upravljanja razvio do nivoa sposobnosti značajnijeg prenosjenja iskustava u javni sektor. Naše privatne obrazovne organizacije, sem retkih izuzetaka, nisu dovoljno snažni nosioci kapaciteta razvoja.

Ukoliko se tumaci drukcije, da je privatno školstvo, uz nevladine organizacije – inače veoma potrebne – jedino stručno sposobno da pripremi reformu uprave, bilo bi uputno aktivirati u procesu rada Udruženje za javnu upravu Srbije.

je koje je jedno od osnivača Međunarodnog Instituta za Upravne Nauke u Brislu 1930 godine, praktično jedinog svetskog udruženja. - u dva izborna perioda predsedavao prof Dr Nikola Stjepanovic, doajen tzv Beogradske upravne škole. kojoj pripadaju i nastavnici koji su predavali u zvanju visiting profesora na mnogim poznatim univerzitetima na četiri kontinenta, mnogi stručnjaci iz prakse, sudije i advokati. i Kopaonička škola prava već gotovo trideset godina neguje u upravnoj sekciji tradiciju stručnog i naučnog razvoja uz učešće stručnjaka i mnogih drugih zemalja. Mnogobrojne su korisne posledice rada te škole. Za dolazeći jubilej, trideset godina nadamo se pripremi širokog izveštaja.

Umesto neretkog redukovanja upotrebe talenta, znanja i sposobnosti onih koji su sposobni da, dobro obavesteni, neprekidno u radnim kontaktima sa izvorima inostrane ekspertize, brzo, evolutivno promene nas upravni ambijent potrebna je intenzivna sistemska podrška ministarstva za državnu upravu i drugih organa države. Bliža zajednička saradnja međuresorska i vertikalna domaćih stručnjaka i praktičara će doprineti i smanjenju opasnosti od “imitacionog sindroma” koji, neselektivnošću, kompromituje “benčmarking” - uspešan prenos najboljih iskustava drugih zemalja.

Pre svega, potrebno je rascistiti kakvu državnu upravu zelimo: da li nam je još uvek pretežni uzor sistem zapocet u doba Margaret Tacer na pocetku sedamdesetih godina proslog veka sa bilo kojom varijantom Novog Javnog Upravljanja po kome trziste i njegovi ključni predstavnici i protagonisti ukazuju na poželjne nacine i metode rada u javnom sektoru. Princip efikasnosti i konkurentnost visoko se cene ali ne i princip efektivnosti kao zastite javnog interesa. Pri tome “specijalni interesi” traze poseban položaj, a građani iscrpljuju svoj aktivizam i zadovoljavaju svoje interese angažovanjem u najrazličitijim NGO. Time, praktično, “nestaju” sa pozornice događanja pri odlučivanju o vitalnim pitanjima društva sem prilikom izbora.

Usled nedostatka vremena i zadovoljavanja skala prioriteta koje određuje politički život, izmiče nam dublje istraživanje dejstva doprinosa novijih shvatanja srodnih konceptu Nove Javne Sluzbe (New Public Service) i “Dobre uprave”⁴ na razvoj i naseg upravnog prava i Nauke o upravljanju, odnosno Javne uprave. i pored toga, u akademskim i naučnim krugovima nalazimo i veoma znacajne radove a u praksi se sreću ohrabrujuće inicijative.

⁴ Videti radove prof. dr Marka Davinića na temu “Dobre uprave”. Posebnu pažnju privlače i radovi Janin i Roberta Dehardta u nizu radova koji su sačinili osnove teorije “Nove javne službe” krajem proslog veka, o čemu će kasnije još reći. Istraživanja naučnika te grupe, najznačajnije su osporavanje “Teorije novog javnog menadžmenta” i pravac istraživanja humanih elemenata javne uprave.

Pod pritiskom inostranih uticaja, ali i stvarnih, realnih potreba, okrećemo se u prakticnim resenjima - trzistu koje je, kod nas, ipak, jos uvek rudimentarno, nesavršeno, katkad i nehumano. Nije jos izgrađeno, rafinirano pa i odlučujuće uticajno, kao u mnogim zemljama Evrope i sveta. Kod nas, sem retkih ali i značajnih izuzetaka, nije jos sposobno da daje primere javnom sektoru. Inace, dakako da je odricanje od tržišta u *privatnom sektoru*, danas nonsens, naravno, nepotrebno i nerealno, često samo politički residuum ranijeg sistema.

Istini za volju, u neoliberalnoj fazi mnogih postkapitalističkih država, razvija se, čini se, pokret osporavanja i stoga kontrole "svemoćnog" tržišta između ostalog i sredstvima javnog prava, o cemu ćemo rapravlјati nešto kasnije.⁵

Valja ukazati i na neke, veoma značajne okolnosti. Mora se brzo i bezuslovno menjati i naš mentalitet i prilagođavati naš radni ambijent. Shvatanje sopstvenog ličnog interesa kao jedinog motivatora ne bi trebalo da prodire u javni sektor pri vršenju upravnih poslova koji se odnose na zaštitu javnog interesa .

Patrijarhalna retraditionalizacija nam nije potrebna. Akulturacija jeste. Vreme čini svoje. Ali, poštovanje vrednosti koje su nas vodile u prošlosti neophodno nam je. Iskustva nekih među najcivilizovanijim i najrazvijenijim zemljama sveta pokazuju da je očuvanje simbola jedinstva i identiteta u istoriji često imalo ogromnu, integrativnu vrednost: lakše su se poželjne promene dešavale. Odgovarale su nacionalnom duhu, omogućavale modernizaciju i uklanjanje totalitarnih režima ili omogućile velike zajedničke napore u borbi za slobodu. Primeri Španije, Japana, Velike Britanije, Holandije, Norveške, Danske, pa i Kambodže i nekih drugih zemalja jednostavno nude mogućnost da se njihova dragocena iskustva iskoriste.

Reforma uprave napor je nacionalnih dimenzija. Danas je potrebna posebna strategija za koju je neophodno otvoriti prostor i prihvatiti ne samo transakciono već i *transformaciono vođstvo*, sposobno da organizuje i vodi naš organizacioni ali i mentalitetski preobražaj.

Literatura o vođstvu u javnoj upravi izuzetno je bogata, više od stotinu teorijskih i praktičnih studija posvećeno je proučavanju liderstva.⁶ Nema prostora da

⁵ Izvor primarnih inspiracija bio je seminalni članak Roberta I Janin Denhardt objavljen 2000 godine u Public Administration Review: The New Public Service:Serving, rather than Steering ASPA - PAR 60(6) pp. 549-559.

⁶ Navešćemo neke sem M. Wartove temeljne analize u delu "Leadership in Public Organizations" M.E. Sharpe. Armonk USA (II izdanje, 2012): sem antičkih mislilaca Lao Cea, Aristotela, Sokrata Platona, Makijavelija sa "Vladaocem" u Srednjem veku, u naše vreme sreću se autori koji obeležavaju faze kroz koje prolazi nauka o Javnoj upravi odnosno administraciji: Argyris C. Personality and Organization, Harper, NY 1957 I "knowledge for Action" Jossey- Bass USA 1993. Ch Barnard, The Function of Executive, objavljivano mnogo puta u rasponu od 1938-1987; M. Barzelay: Breaking Through Bureaucracy, Bass B.M. Leadership beyond expectations NY, Free Press isti autor

ovde prikazemo izuzetnu složenost liderstva, veštine, talenat i znanje kojim lider mora da raspolaže.

Valja od svih zaposlenih u javnom sektoru zahtevati i očekivati i znatno više poštovanje etičkih standarda u vršenju zakona koji kao da se sve više zanemaruju ili potiskuju. Time ćemo izbeći diktaturu kojom će se savlađivati nered. To, u stvari, odlučuje o načinu kako ćemo živeti.

Težimo povećanju *efikasnosti* uz istovremeno veoma opravdano smanjenje broja zaposlenih u javnom sektoru ali pod većim uticajem spolja, nego pod pritiskom naših dobro proučenih i shvaćenih stvarnih potreba koje uslovljava, pre svega široka i sveobuhvatna izgradnja E-uprave na svim nivoima.

Hitne i sistematske mere reorganizacije, uz savremene metode analize, hitno su potrebne na nivou javnih preduzeća. Otpori su jaki. “ne treba žuriti, valja čuvati socijalni mir, nije to jednostavno, nisu pripremljene “odgovarajuće” studije uticaja na socijalnu politiku, teritorijalni razvoj, itd.

Ne ulazemo dovoljno volje i truda da se pozabavimo kako pri stvaranju “dobre uprave” i E-uprave - da razvijemo i alternativu: naš, domaci koncept Nove javne Službe (the New Public Service) koja, nasuprot trzisnih kriterija u javnom sektoru - uz efikasnost i kompetitivnost - promovise i vrednosti kao sto su: neposredna uloga građana u procesima odlucivanja, određivanje njihove aktivne uloge kao definisanje i ostvarivanje građanskog identiteta kroz razvoj široke mreže NGO, interesorsku, horizontalnu koordinaciju a ne samo vertikalno koordiniranje, kao i saradnju sa lokalnom samoupravom koje utiče stimulišuće na učešće građana u mnogim poduhvatima izvršne vlasti. To omogućava jos potpunije štićenje prava građana na osnovama ustava i zakona, u institucionalnim okvirima pravne drzave, što stabilizuje i legalnost i legitimnost i poverenje građana u sve akcije njihove vlade i uprave.⁷ Kao sto su katastrofe “Chalengera” 1986 i “Kolumbije” 2003 svemirskih brodova SAD posvedočile da NASA agencija Vlade SAD i jedna od najsnažnijih koncentracija organizacionih kapaciteta na svetu stvorenih ikada – nije uspela da otkrije problem i da oceni stvarnu situaciju. To je učinila nažalost,- post festum, izveštaj posebne komisije o tome svedoči. dakle, sama

A new paradigm of Leadership Alexandria VA. 1996 itd; Bennis W. The challenges of Leadership in the modern world, 2007, Katz and Kahn The social psychology of organizations Willey 1978, Lindblom Ch. The science of muddling through, 1959, Rosenbloom, D. Understanding management, politics and law N.Y. Mc Graw Hill books bračni par Denhardt itd.

⁷ Ističu se npr radovi: T.Nabatchi and I.Mergel: Using Internet and Social Media Technologies to promote Distributed Democracy and Create Digital Neighborhoods u zborniku The Connected Communities..edited by J.Swara and J.Denhardt, zatim E.Zeemering: Governing Inter-local Cooperation... PAR 68(4) 2008, str. 731-741 itd.

nije uspjela da spreči sopstvenu neefikasnost.⁸ Kao deo težnji tadašnje vlade i javne uprave "brže, bolje, jeftinije" NASA nije imala kapacitet, nedostajala je saradnja i umrežavanje. Specijalizovano iskustvo drugih.-

Jacanjem demokratskog kapaciteta između ostalog i umrežavanjem, čvrstom međuresornom koordinacijom - učvršćujemo institucije koje pravnu državu čine, posebno se to odnosi na organe državne uprave i lokalne samouprave. Izvesne slabosti demokratizacije koriste se. Nesumnjivo je da se elementi totalitarizma i autoritarnosti naglo šire svetom. To nas nagoni na brzu i temeljnu reakciju.

Bitna nam je sada stabilizacija uspešne države koja stiti svoje građane i njihova prava. Neophodno je koriscenje svih činilaca koje čvrste povezuju političko odlučivanje sa neutralnim i objektivnim administrativnim aparatom koji počiva na profesionalizmu i radu eksperata, i funkcioneri i javni službenici nose i individualnu, organizacionu ali i legitimnu društvenu odgovornost. Imaju trajnu, "ugradenu" osetljivost za prava građana imajući uvek na umu osnovni zadatak svake državne organizacije: šticeenje javnog interesa. Taj dualitet: uspešna zaštita prava građana i obezbeđivanje dejstva javnog interesa sustina je javne uprave u svakoj zemlji. Imamo za sobom bogato iskustvo i u "modernom" dobu, i pored žestokih ugrožavanja i katkad znakova regresa, ipak smo uspjeli da razvijamo tako shvaćene njene funkcije. Potrebno je i dalje razvijati i efikasni sistem "uzbunjivanja" ("whistleblowing principle") kada je očigledno došlo do zloupotrebe. Istovremeno valja štiti i status javnih službenika koji vrše izuzetno odgovoran posao.

Ovakvi procesi zahtevaju novi legitimitet, drukciju, prihvaćenu od građana - ulogu javne uprave i lokalne samouprave u zaštiti sloboda i prava zaštićenih ustavom. Valja širiti demokratizaciju, decentralizaciju i ueste građana u vlasti kroz različite oblike: ne samo glasanjem, već i kroz aktivnost pojedinaca, udruženja građana i energicnog rada nevladinih organizacija koje imaju vidljivu misiju i ciljeve čime se pojačava individualna, organizaciona i "politička" odnosno "representativna" odgovornost. Zivimo u vremenu koje je izuzetno složeno, puno opasnosti koje je neophodno ali i teško predvideti. Zbog toga je značaj profesionalne, snažne efikasne ali i efektivne javne uprave verovatno veći nego ikada u državi veličine, snage i uticaja kakva je danas Srbija.

Ukupnim dejstvom svih činilaca, uz energicnu političku volju, smanjuje se arbitrnost, povećava transparentnost, uklanja potreba za iscrpljujucim mikromenedžmentom delegiranjem poslova i zadataka na one koji su profesionalni i stručni. Time se pojačava i osigurava položaj javnih službenika uz poštovanje čestiti stuba svake moderne države: prvi stub: zakonitost, drugi stub: šticeenje pra-

⁸ Videti: S. Goldsmith, W. Eggers: *Governing by Network – the New Shape of the Public Sector*, Brookings Press, 2004. Naročito predgovor D. F. Kettla, str 7-10 I i deo II: "Upravljanje Umrežavanjem" - str. 157-179.

va građana, treći: zaštita javnog interesa. koji se brani ne samo pravnim normama već i njihovim odgovornim tumačenjem; četvrti stub: sistem moralnih standarda.

Pred nama je zadatak utvrđivanja strategije reforme koja je održiva, okrenuta inovacijama, reorganizacija i “refunkcionalizacija” koja zahteva proveru svih kapaciteta celokupne javne uprave i svih njenih organa, postepeno savlađivanje gregarnih instikata koje se ogledaju u stepenu i brzini prodiranja odnosno suzbijanja korupcije i narocito, najvaznije, promena naseg mentaliteta organizacionog ponašanja u onim oblastima koje osporavaju a cesto i onemogućavaju napredak. *Promene ne mogu biti transakcione: ako slušaš – sledi nagrada suprotnom delu je sankcija.* Tako se danas degradira rad u javnom sektoru. Moramo se založiti za uvođenje *transformacionih promena* na čijim osnovama se podstiče organizovana kreativnost, spremnost na rizik, razvijaju sposobnosti pojedinaca do granica njihovih kapaciteta, uklanja rutinsko “tavorenje” na svakodnevnom poslu koji je jos neretko i ugrozen, bez krivice nosioca.

Nije potrebno – gotovo nikad ni uspesno - direktno prenošenje, imitacija tuđih resenja. Ne zbog tradicije - obeležene kvalitetom *prilagođavanja svoje dobu* - drzave koja postoji generacijama. Ali ni izolacionalizam ma koje vrste, potcenjivanje ili, prosto inertnost –nije rešenje. Pažljivo i kompetentno praćenje šta se u svetu radi – tajna je uspeha. Nema prostora da dalje razrađujemo problem birokratskih I, u osnovi amaterskih otpora. Srećom, veoma retko se čuje: “pleti kotac kao otac”. Tajna je napretka koji se ubrzava: saradnja, umrežavanje, snaženje demokratskog kapaciteta uz E-vladu.

Moramo znatno proširiti krug aktivnih, temeljno obaveštenih i dužnosti odanih političara koji prate razvoj u svetu, birajući i usvajajući optimalne alternative. U tom procesu valja iti i naše eksperte i stručnjake, naročito proverene praktičare koji su u stanju da “staro potisnu a novo primene” spremni da znanje individualno neprekidno stiču ali i timski koriste i prenose. Kooperativnost nam je neophodna, izvanrednih talenata imamo ali naš intelektualni kapital nije veliki. Razloga za mrzovolju i osećanje bespomoćnosti ima mnogo. Sada smo pred odlučujućim izborom: kuda ćemo: ka snažnoj pravnoj državi, autoritarnom modelu vlasti ili produženom neredu koji će se, makar privremeno, završiti neumoljivim pritiskom i. najzad, diktaturom. Nije potrebna “veća vlada već veće društvo”. Svi moraju imati, dobiti i videti svoju šansu ali i moralnu obavezu i apsolutno – ličnu odgovornost za sve sto se u javnom sektoru dešava. U tome je čini se, i suština moderne demokratije koja je inače, u mnogim zemljama, pa i kod nas, u, nadajmo se, privremenoj krizi.

Zabavljeni rešavanjem problema neefikasnosti, nedostatkom finansijskih i tehnickih sredstava u uslovima obrazovanja i usavršavanja koji su zastareli - zaboravili smo i na etičke i profesionalne standarde koje javne sluzbenike motivišu i

pokreću. Nismo još ozbiljno ispitivali kako neprekidne promene i strah za radno mesto uticu na efikasnost i kreativnost u radu na javnim poslovima.

Previše glomazna, delimično deprofesionalizovana javna uprava, sa neretkim pozitivnim ili negativnim sukobima nadležnosti tako da se tesko određuje ko je odgovoran, takođe utice na "radni moral". Međutim, pitanje "morala" neobično se proširilo, ne samo zbog oportunistickog ponašanja koje neprikladno svodimo na korupciju već i na proučavanje nase organizacione kulture rođene u drugoj polovini prošlog stoleća. Tome valja posvetiti veliku pažnju jer bez resavanja problema nasleđa "samoupravnog sindroma" nepotrebno ali i neizbežno klizimo u autoritarno društvo. To nije naš izbor niti izbor Evrope kojoj inace težimo, jer je, bez obzira na ishode previranja u EU - nase veoma specifično rešenje za ulazak u tu organizaciju jedina opcija koja može mobilisati većinu u borbi za modernizaciju.

Ovakvom ishodu nema uspešne alternative, inace, sledi neizvesna budućnost puna potresa i mogućih nepovoljnih događaja. Nikad se nećemo osloboditi naseg položaja "kuće nasred puta". Ali, možemo to iskoristiti kao svoju prednost ako nam uslovi dozvole a naša odlučnost da ne podlegnemo priiscima bude dovoljno jasna i podržana plebiscitarno od naših građana.

Neophodno je povećati značaj efikasne javne uprave i lokalne samouprave, ne samo kao organizatora izvršenja i neposrednog izvršioca političkih odluka već zbog uloge u kvalifikovanom, profesionalnom, usklađenom i legitimnom uticaju na sadržaj i moguće alternative političkih odluka. Nikako ne valja zaboraviti da ceo slozeni proces mora zavisiti od naseg specifičnog shvatanja sustine "Nove javne službe" u našem kulturnom ambijentu, naseg shvatanja pojma "citizenship" – akulturacije, šireg od zaštite sloboda i prava građana. Nijednog trenutka ne možemo zaboraviti da bez jakih institucija, posebno stabilnog, elitnog, beskompromisnog sudstva koje deluje na osnovama koherentnog sistema pravnih normi i operativnih procedura i njihovog blagovremenog vršenja - ne možemo računati na brzi razvoj. Uostalom, u SAD pod uticajem najnovijeg razvoja shvatanja "nove javne službe" i nezadovoljavajuće situacije i u unutrašnjoj i spoljnoj politici – jačaju uticaji koji vode većem poštovanju prava i manjem uticaju neoliberalnih preterivanja u pogledu "deregulacije" i potpune "slobode" tržišta, efikasnosti po svaku cenu uz često žrtvovanje javnog interesa. Traži se veći sklad.⁹ Da li ćemo se - i koliko - morati da približimo i koriscenju iskustava jednog Singapura, Južne Koreje, Finske, Irske pa i Španije - zavisi od buđenja nase uspavane a u sistemu uprave katkad i inertne volje.

⁹ S pravom se upozorava na upravna praksa ne može biti "podeljena na dva "kampa": jedan koji reflektuje vrednosti tržišta i drugi koji reflektuje demokratske vrednosti". Videti više u radu: Janet andi Robert Denhardt, *The New Public Service revisited*, PAR sept.oct 2015 str 664-672

Ceka nas bitno prosirenje i ubrzavanje sistematskog i svestranog angazovanja, dublje razumevanje procesa u skladu sa brzim, cesto neocekivanim tempom dogadjanja u svetu posebno u nasem okruzenju, na Zapadnom Balkanu, odnosno Jugoiistocnoj Evropi. U korenu procesa lezi posebno shvatanje nove E. uprave kao jedinstveni izlaz i put.

Čini se da se naziru i nove mogućnosti za preispitivanje naših kapaciteta za uvođenje upravne reforme. Institucionalnu dinamiku reforme pokušajmo da odredimo kao složeno jedinstvo pritisaka i tenzija koji se stalno javljaju izvirući u okruženju, u okvirima sadašnje strukture i sistema uprave, uz kombinovanje dejstva elemenata javne politike i istorijskog nasleđa¹⁰ Svi ovi činioci mogu da ubrzaju ali i da uspire i ometu reformu, stvarajući složeni ambijent uticaja i prepletanja dejstva moćnih faktora u privredi i različitim specijalnih interesa pod dominantnim uticajem politike.

Istorija i tradicija dopiru do sadasnjosti i ucestvuju u potvrđivanju identiteta sto doprinosi stabilnosti institucija. Međutim, postajemo svedoci i grotesknih, gotovo neobjasnjivih tumacenja kojima se iz realne istorije izlazi i ulazi u svet ideololoskih opsesija, mitova, zamisljenih neprijateljstava, kao projekcije tuđih težnji i naših slabosti, nedostataka i neobavestenosti. Sve veci broj geopolitičkih činilaca ucestvuje u stvaranju horizonta na osnovu koga određujemo sopstvenu orijentaciju, svoju buducnost. Nikad ne treba zaboraviti da ipak na kraju, mi određujemo tok događaja ili kao izvornu akciju ili kao reflex na strane akcije.

Vrednosno se u visoko politiziranom društvu - suprotstavlja normativnom, uporista, oslonci u svetu odnosno sistemu prava postaju sve slozeniji. Paradoksalno, od racionalizacije i preciznosti normi i njihovog pojednostavljenja zavisi njihova efikasnost u primeni. Razvoj se ne može oteti od demokratskog uticaja i postati monopol bilo koga, zbog bilo cega, jer nece biti trajno održiv. Činioci kao sto su: velicina teritorije drzave, geostrateski položaj, ekonomski kapacitet, aktuelan ali i potencijalni, kadrovski kapaciteti ali i sposobnost da se sistemski omoguci da svako ko zeli i može - zaista i stigne do granica svojih sposobnosti a ne stepena svoje malodušnosti. To su činioci ključni za stvaranje naše sudbine.

Kulturne specifičnosti, svojstva, kao pozitivni sadržaj i odlučujuće važan doprinos raznovrsnosti u kojoj ivimo ne smeju postati - niti ostati žrtve našeg mentaliteta - treba ponoviti - koji nije uvek autentičan. Bili smo drukčiji i zaista smo imali svoje "zlatne periode". U našoj je istoriji bilo slučajeva većih i upornih falsifikata i zloupotreba naših pravih interesa, prirodne orijentacije, zbog čega smo gubili pravac i umanjivali sposobnost za optimizaciju korišćenja svojih pravih šansi.

¹⁰ Videti: T. Christensen - T. Lagreid: "Transcending New Public Management" – The Transformation of Public Sector Reforms, Ashgate, London, England, USA, 2009

Trebalo bi da se pozabavimo i objektivnom analizom, kompendijem koji će se zasnivati na analizi dosad učinjenog od 2000. godine do danas na kraju 2016 godine, na ulazu u procese dinamičnog razvoja. Uz mobilizaciju intelektualnog kapitala koji je sada aktivan ali i inertan i uz pomoć naših najuglednijih stručnjaka valja proučiti alternative političkog kretanja, strukture zakonodavne i sudske a naročito izvršne vlasti, moguće pravce pravnih, ekonomskih i kulturnih promena na više područja: u nacionalnom i regionalnom mentalitetu, organizacionj kulturi, razvoju demokratskih institucija, prevladavanju autoritarnih modela, pružavanju "saradnje" na podlozi neke vrste "društvenog ugovora" (po Kolbergu) ili siroj participaciji građana u procesima upravnog odlučivanja. Čini se da je tom prilikom "citizenship"-akulturacija ponešto zanemaren.

Od posebnog je značaja analiza procesa uvođenja trzista, "marketizacije" kod nas. Da li je takav proces u stanju da obezbedi najbrzi skladan ali i održivi razvoj i pod kojim uslovima? Kakva je u tom slučaju, nova uloga državne uprave i lokalne samouprave? kako uvesti trajektorij puta koji će obeležavati kombinacija Novog javnog menadžmenta i tendencija ka Novoj javnoj službi koja snaži efikasno učešće građana (citizenship) u javnom sektoru? Sta donosi poverenje građana u vlast, kako promovisati dolazeći nesumnjivi porast administrativnih kapaciteta uvođenjem E-uprave?. Kako obezbediti bolju interresorsku –horizontalnu- koordinaciju, naš sistem umrežavanja, "networkinga", uz neizbežno preispitivanje posledica narastanja centralizacije do kojeg je doslo uvođenjem Novog javnog menadžmenta? Kako omogućiti još uspešniju vertikalnu koordinaciju osposobljavanjem lokalne samouprave? Kako uravnotežiti procese smanjivanja uprave i istovremenog povećanja efikasnosti kroz usavršavanje kadrova u respektabilnim institucijama korišćenjem najnovijih tehnika transfera znanja? Kako je apsorpcioni kapacitet za učenje još uvek nedovoljno širok kako izbeći da procesi obrazovanja ne postanu žrtve privatnih interesa gotovo uvek vođenih profitom kada se steknu uslovi kakvi sada kod nas vladaju? Mi nismo imali vremena ni mogućnosti da podignemo Harvard, Jejl, MIT, Stanford, Braunm Ann Arbor, Oksford, Kembridž ili neku drugu obrazovnu instituciju koje su stvorile prestiž kao mahom privatne institucije. Zato radimo sa najboljima koje imamo. Iskustvo koje imam posle 28 godina rada u UN na položaju specijalnog savetnika generalnog sekretara, šefa niza misija kasnije i koordinatora razvojnih obrazovnih programa za Evropu svedoči da smo često uspevali da postignemo u pojedinim zemljama povoljne aranžmane o zajedničkom radu, twiningu itd. Uvek i samo kada smo u zemlji - primaocu imali dostojne partnere sposobne da se odmah uključe i brzo private povoljna rešenja. Kod nas je to počelo jos davno saradnjom sa Komumbija Univerzitetom a od 2000. sa Univerzitetom Teksasa, kada je centralna Srbija proizvela preko sto struč-

njaka – specijalista za pojedine oblasti u lokalnoj samoupravi. To je kasnije prestalo najviše iz političkih razloga i odsustva shvatanja prioriteta.

Uticaj neoliberalne ideologije i ekonomske teorije kao sto su “Pravo biranja na osnovama individualnih interesa” - tzv “Public Choice” Buchanana i drugih, uz druge ciniocce kao sto je niz geopolitickih i religioznih sukoba, gotovo nekontrolisani rast terorizma, dovele su sadasnji svetski poredak do raskrsca: nesporno je dalje gomilanje drasticnih razlika, između izuzetno bogatih i siromasnih ,porast trajnih konflikata, međudržavnih ili intrakonfesionalnih, neoprezno koriscenje zivotne sredine, pa je i preveliki uticaj politickih lidera na vrste angazovanja, kvalitet i obim reformi državnog aparata. Uopšte, nedovoljno se proučava formiranje lidera kod nas i posledica koje mogu proizaći iz različitog dejstva direktivnog, delegativnog, participativnog, Laissez.Faire ili onog koji je usmeren na rezultate.¹¹ empatije, volje da se shvate drugi, ili drukciji – još uvek je neuporedivo sporiji od tehnoloskog napretka. Jaz postaje dublji.

Profesionalizam se mora znatno brze razvijati kako bu se uklonila amaterska neveština u pribavljanju činjenica od čijeg kvaliteta, tačnost i relevantnosti zavisi u velikoj meri kvalitet političkih odluka. Dalje, specifičnosti organizacije ne dozvoljavaju nered u organizaciji njihovoj izvršenja, najzad, izvršenje je najosetljiviji i time gotovo najvažniji proces direktnog kontakta uprave i građana.

Čest je preterani uticaj partijskih opredeljenja na raspodelu dužnosti unutar organa uprave kod kojih je osnovni uslov: strucnost, organizaciona i lična odgovornost i najzad iskustvo. To mora da se reši. Politička lojalnost je ustvari sadržana u lojalnosti državi i pretpostavlja se njeno negovanje. Reprofesionalizacijom bi se moglo uspesno stiti nacerlo efikasnosti javne uprave koja postepeno postaje relativno manja, apsolutno stručnija, samopouzdanija, ambicioznija, kvalitetnija.¹²

Pojačajmo transfer znanja, dejstvo društvenih mreža, meritokratizaciju državne uprave i lokalne samouprave. Aktivirajmo još više međudržavnu I, posebno, regionalnu saradnju što će nas učiniti jačim. Uštedećemo mnogo psihološke energije, inspirisaćemo kvalitetno jače odgovore kod drugih, početi da zamenjujemo nepotrebnu netrpeljivost empatijom kao neizbežnim supstratom komunikacije među ljudima. Planeta se, kao što osećamo, dnevno relativno smanjuje - problemi drugih postaju naši i obratno. Tražimo dostojne odgovore i rešenja za budućnost.

¹¹ Literatura je velika. Pominjemo ponovo kapitalno delo: M. Van Wart: Leadership in Public Organizations; M.E. Sharpe.inc. Armonk, USA, 2012 bilo koje izdanje.

¹² Videti više u studiji “Stručno usavršavanje državnih službenika u Republici Srbiji” prof.Dr D. Milovanovića, prof. Dr M. Davinića i J. Ničića, izdanje Sl. gl., Beograd 2011.

DRAGOLJUB KAVRAN, LL.D.,
Professor University, Belgrade

PUBLIC ADMINISTRATION – MISSION AND REALITY

Summary

The Public Administration needs to be effective and efficient, in constant state of flux, under pressure to change, national pride notwithstanding, it is intrinsically difficult in any country. However it is the constant quest, under pressure, “bureaucrats bashing” in en vogue, rallying slogan before any elections. It is guilty for virtually all sins.

The same is the case in Serbia. Although the country had a glorious history, from XI century to mid XX century, except for period after Kosovo Battle, 1389, and subsequent demise of mediaeval state mid XV century when Otoman Empire conquered the Balkans.

Restoration of the independence in 1804 was followed with remarkable progress and modernization. The period between 1903 and 1912 was called “Golden Era”. Serbia was small yet strong, economically, politically and socially. However, five consecutive wars inflicted great losses and are in contrast, for victorious Serbs the source of eternal pride.

Today, it seems to be the advantage – or liability - having in mind who talks - and why. We have to build the country almost afresh. Communism was, for Serbia, unacceptable by great majority. However, the new communist system has begun with Law that all laws of Yugoslavia introduced under Monarchy became null and void. With it personal union between civil service and single party leadership until 1950, was an unwritten norm destroying much of the country's public administration. Appointments reflected spoil not merit principle. Then, the break with Stalin USSR came. After that, the utopian and manipulative “worker selfmanagement” was introduced, the famous “socialism with a human face.” Conditions improved. Alas, It was not anything else but soft variance of dictatorship that left seeds of disastrous events in early nineties when the earlier republics claimed independency losing condition to peacefully disaggregate. Serbia was bombed with casualties and territorial losses. Before that time, we were pretty strong country with its international role, as “nonaligned” state, being generously helped by other foreign countries during the Cold war.

Today, we are at the entrance of EU not knowing the schedule, neither what will happen in next years even with EU proper. Therefore we should be able to analyse country needs, mobilize talent and intellectual potential, adopt and implement series of laws compatible with EU Aquis and its standards and directives, to modernize public administration structure, to train specialists, to secure interministerial and interagency coordination, to speed up introduction of E-government, to fight corruption, clientelism and nepotism, to answer to our international obligations refuse od ated to the immigrant crisis etc. EU – or not. We need it.

Under circumstances, - tremendously unfavorable- we are doing relatively well. However, strengthening the rule of law and institutions, is a must. Introducing process of energetic professionalization and avoiding “partisanship” of the public sector, improving skills, knowledge and ability of civil servants is necessary. Introducing much stronger ethical standards in bureaucracy, improving the knowledge transfer and organize wide international cooperation remained some of our top priorities.

DOBROSAV MILOVANOVIĆ,
VUK CUCIĆ

REFORMA UPRAVNOG SUDSTVA

U V O D

Francuska je više od vek i po imala samo jedan upravni sud – Državni savet (1799–1953).¹ Zatim je u dva navrata proširila svoje upravno sudstvo. Najpre je 1953. godine uvela nove prvostepene upravne sudove, u odnosu na koje je Državni savet postupao kao drugostepeni sud. Onda su 1987. godine uvedeni žalbeni upravni sudovi, a Državni savet je postao, po pravilu, trećestepeni upravni sud, koji je postupao po vanrednim pravnim sredstvima. U oba slučaja povod za uvođenje novih upravnosudskih instanci bio je veliki broj nerešenih predmeta - više od 25 hiljada.²

Upravni sud Republike Srbije, prema stanju na dan 30. jun 2016. godine, ima 26.416 nerešenih predmeta, od toga su 2.191 stari predmet, to jest, predmeti koji nisu rešeni više od dve godine. Štaviše, razlika između broja primljenih i rešenih predmeta u periodu prve polovine 2016. godine je više od 500.³ Dostiza-

Dr Dobrosav Milovanović, vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.
Dr Vuk Cucić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj rad je sačinjen kao deo projekta na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beogradu "Identitetski preobražaj Srbije".

¹ Vuk Cucić, *Upravni spor pune jurisdikcije - Modeli i vrste*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd, 2016, str. 87-93.

² *Ibid.*, str. 96.

³ <http://www.up.sud.rs/cirilica/izvestaji-o-rad-u>, pristupljeno 7. septembra 2016. godine.

nju francuskog "magičnog" broja za dodavanje još jednog upravnosudskog stepena treba dodati i to da Upravni sud očekuje dodatni priliv izbornih sporova, pogotovo naredne godine, kad nam sleduju predsednički izbori. To čini verovatnim dodatno uvećanje broja nerešenih i starih predmeta. Pored toga, Upravni sud iz godine u godinu dobija nove nadležnosti. Tako je samo tokom prvih šest meseci 2016. godine osam novih zakona proširilo nadležnost Upravnog suda.⁴ Uz sve ovo postoji i problem neodgovarajućeg broja sudija. Poređenja radi, austrijsko upravno sudstvo ima skoro 800 sudija⁵ na približno isti broj stanovnika, dok Upravni sud Srbije, čak i kad mu se pridruži jedno veće Vrhovnog kasacionog suda koje rešava upravne sporove, ima 20 puta manji broj sudija. Da bude gore, u prethodnom periodu došlo je i do smanjenja broja sudija ispod utvrđenog broja,⁶ a javlja se i rizik dodatnog smanjenja tog broja usled odlaska određenog broja sudija u penziju. Rezultanta svih ovih nepovoljnih okolnosti jeste prosečno trajanje spora duže od 500 dana.⁷ Dakle, postojeće stanje je neodrživo.

Neodrživ *status quo* prepoznat je u Nacionalnoj strategiji reforme pravosuđa, koja predviđa uvođenje dvostepenog upravnog sudstva,⁸ te samim tim i povećanje broja sudija i sudskog osoblja. Time bi Srbija sledila primere malobrojnih evropskih zemalja koje do skoro nisu imale dvo- ili višestepeno upravno sudstvo, a koje su u protekloj deceniji izvršili istu reformu – Švajcarska⁹ 2007. i Austrija¹⁰

⁴ *Ibid.*

⁵ *Tour of Europe - Contribution of Austria*, 2015, dostupno na http://www.juradmin.eu/en/eurtour/i/countries/austria/austria_en.pdf, pristupljeno 7. septembra 2016. godine, str. 26.

⁶ <http://www.up.sud.rs/cirilica/izvestaji-o-rad-u>, pristupljeno 7. septembra.

⁷ Već 2012. godine je prosečno trajanje upravno-sudskog predmeta bilo približno 500 dana, v. Multi-Donor Trust Fund for Justice Sector Support in Serbia, World Bank, *Serbia Judicial Functional Review*, 2014, str. 94, dostupno na <http://www.mdtfjss.org.rs/data/pub/sjfr/en/Serbia-Judicial-Functional-Review.pdf>, pristupljeno 7. septembra 2016. godine. Prema podacima koji su autorima usmeno saopšteni u Upravnom sudu, trajanje je sad čak 550 dana.

⁸ Tačka 5.1.3. Nacionalne strategije reforme pravosuđa, dostupno na <http://www.mpravde.gov.rs/tekst/2959/nacionalna-strategija-reforme-pravosudja.php>, pristupljeno 7. septembra 2016. g.

⁹ Zen-Ruffinen, Piermarco, *Droit administrative*, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2013, p. 295; Tanquerel, Thierry, et alia, *Le contentieux administratif judiciaire en Suisse*, Schulthess, Genève, 2011, p. 24.

¹⁰ Grassl, Guenter, "Austria: Major reform of administrative jurisdiction system takes effect as from 1 January 2014", *Schoenherr Legal Insights*, dostupno na <http://www.schoenherr.eu/knowledge/knowledge-detail/austria-major-reform-of-administrative-jurisdiction-system-takes-effect-as-from-1-january-2014/>, pristupljeno 7. septembra 2016. godine.

2014. godine, kao i zemlje sa kojima deli istu pravnu tradiciju – Makedonija¹¹ – 2010. i Hrvatska¹² – 2012. godine.

Cilj rada koji se nalazi pred čitaocima je da pruži doprinos u ovom procesu, time što će pokušati da identifikuje ključna pitanja uvođenja dvostepenog upravnog sudstva, razmotri različite mogućnosti koje stoje pred zakonodavcem i da argumente u prilog ili protiv mogućih pravno-političkih izbora.

ORGANIZACIJA UPRAVNOG SUDSTVA

Nacionalna strategija reforme pravosuđa predviđa uvođenje dvostepenog upravnog sudstva. Time su neki odgovori na pitanje kako treba u budućnosti da bude ustrojeno upravno sudstvo u Srbiji dati, a neki nisu. I oni koji su dati, dati su na srednji rok, jer Strategija važi za period 2013-2018. godina. To znači da se promišljanja ustrojstva upravnog sudstva ne moraju nužno ograničiti samo na pitanje kako treba taj dodatni upravnosudski stepen da izgleda.

Dva pitanja se nameću kao bitna za organizaciju upravnog sudstva. Prvo, kao što je već rečeno, kako treba da izgleda taj dodatni upravnosudski stepen, od čega treba da se sastoji i koji položaj treba da ima u našem sudskom sistemu. Drugo, šire i dugoročno značajnije, jeste pitanje kako bi uopšte trebalo da izgleda naše upravno sudstvo, koliko stepeni treba da ima i kakav položaj u sudstvu, kao i kakav treba da bude njegov odnos sa pravnom zaštitom u upravnom postupku, na prvom mestu, sa drugostepenim upravnim postupkom.

Odgovor na prvo pitanje može da bude dvojak. Moguće je osnivanje jednog ili više novih upravnih sudova, uz transformaciju Upravnog suda u drugostepeni, žalbeni ili, saglasno nazivima sudova u našem pravnom sistemu - apelacioni upravni sud. Druga mogućnost jeste stvaranje upravnog odeljenja u Vrhovnom kasacionom sudu, koje bi preuzelo ulogu drugostepenog upravnog suda.

Prednost prve opcije je u tome što će se steći mogućnost da se upravnosudski kadrovi razvijaju od početka profesionalne karijere. To je ujedno i jedan od najvećih nedostataka postojećeg sistema, u kojem je prva upravnosudska instanca sud republičkog ranga. Usled toga ne postoje pripravnici u Upravnom sudu, već saradnici, koji, kao i postojeće sudije Upravnog suda, moraju da "poniknu" iz ni-

¹¹ Pelivanova, Natasa, Dimeski, Branko, "Efficiency of the Judicial System in Protecting Citizens against Administrative Judicial Acts: The Case of Macedonia", *International Journal For Court Administration*, April 2011, p. 3, dostupno na http://www.iaca.ws/files/AdministrativeJudicialActs-Pelivanova_Dimenski.pdf, pristupljeno 7. septembra 2016. godine.

¹² Rostam-Berom, Lidija "Dileme u primjeni novog Zakona o upravnim sporovima", *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, 2/2013, (473.- 481), str. 437, dostupno na hrcak.srce.hr/file/152579, pristupljeno 7. septembra 2016. godine.

žih sudova u kojima su se bavili građanskim ili krivičnim sudskim postupkom, ili iz reda državnih službenika, kojima, uprkos pretpostavljenom dobrom poznavanju upravnog prava, nedostaje poseban sudski pristup pravu, koji treba godinama razvijati i negovati. To znači da saradnici i sudije Upravnog suda moraju da ulože dodatne napore kako bi se prilagodili ovoj vrsti pravne materije ili sudijskog poziva. Još jedna prednost ovog pravno-političkog izbora leži u činjenici da bi se time dobila još jedna upravnosudska instanca - Vrhovni kasacioni sud, koji bi postupao samo po vanrednim pravnim sredstvima i koji bi mogao da se bavi ključnim pravnim pitanjima, koja imaju uticaj na veliki broj predmeta.

Prednost drugog pristupa budućoj organizaciji upravnog sudstva predstavlja njegova lakša sprovodivost u praksi. Naime, Upravni sud bi ostao prvostepeni upravni sud, dok bi Vrhovni kasacioni sud dobio upravno odeljenje, umesto postojećeg jednog jedinog veća koje se bavi ovom materijom. Takođe, zakonodavna intervencija u Zakonu o uređenju sudova i Zakonu o upravnim sporovima bi bila neuporedivo manja. Nedostaci takve mogućnosti su dvojaki - pravni i faktički. Pravni nedostatak je u tome što Vrhovni kasacioni sud po čl. 30 Zakona o uređenju sudova, prvenstveno, odlučuje o vanrednim pravnim sredstvima, ne i redovnim, kakva bi bila žalba u upravnom sporu. Ako se, pak, ne uvede žalba u upravni spor, onda se ništa ne menja u odnosu na postojeće stanje i on ostaje jednostepen. Faktička mana ogleda se u nepostojanju mogućnosti obrazovanja sudijskih kadrova u upravnosudskoj materiji od početka njihove karijere. Upravo ono što je, kako smo već rekli, nedostatak i važećeg sistema. Štaviše, sudije najvišeg suda u zemlji, koji imaju iskustva u upravnom sporu ne bi bilo lako naći. Ili bi morali da se angažuju sudije koje su se bavile građanskim ili krivičnim pravom ili da se preuzmu sudije Upravnog suda, što bi onda stvorilo istovetan problem na nivou ovog suda.

Smatramo da prednosti prvog pristupa pretežu i da bi zakonodavac trebalo da krene putem pretvaranja Upravnog suda u drugostepeni, upravni apelacioni sud i osnivanja jednog ili više prvostepenih upravnih sudova.

Odavde proističe novo pitanje. Da li treba da postoji jedan novi prvostepeni upravni sud, kao što je slučaj u Makedoniji¹³ ili više njih, kao što je učinjeno u Hrvatskoj?¹⁴ Ako je odgovor više, onda koliko?

Prednost postojanja jednog prvostepenog upravnog suda je u lakšem formiranju i ujednačavanju sudske prakse. Nedostatak, a što je mana i u važećem sistemu, i to relativno loše kompenzovana, jeste nedostatak decentralizacije prav-

¹³ Pelinova, Dimeski, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴ Rajko, Alen, "Početak provedbe reforme upravnog sporu u Hrvatskoj", u *Upravni spor i organizacija upravnih sudova*, ur. Šarčević, Edin, Fondacija Centar za javno pravo, Sarajevo 2013, (15-39), str. 24-25, fusnota 24.

de. Odeljenja Upravnog suda nisu rešenje ovog problema. Odeljenja predstavljaju fiktivnu sudsku decentralizaciju, jer, zapravo, tužbe se podnose na adresi sedišta Upravnog suda u Beogradu, a onda se prema prebivalištu ili sedištu tužioca šalju u odeljenja van Beograda. Štaviše, iako to nije od značaja za pitanje osnivanja jednog ili više prvostepenih upravnih sudova, sudska odeljenja bi trebalo, smatramo, izbegavati kao rešenje. Ne samo što ne predstavljaju istinsku decentralizaciju, već mogu i da suštinski **ugroze nepremestivost sudije, garantovanu članom 150 Ustava Srbije**. Sudija koji je izabran u sud republičkog ranga, sa sedištem u Beogradu, u praksi može da bude premešten u odeljenje udaljeno više od 200 kilometara od sedišta suda. To bi, teoretski, moglo da predstavlja polugu uticaja na sudiju, a upravo garancija nepremestivosti sudije ima cilj da tako nešto onemogući. Odeljenja (ili sudijski dani van sedišta suda), eventualno, mogu da budu primereni za sudove nadležne na manjem delu teritorije, ne i za sudove republičkog ranga. Dakle, ako država teži istinskoj decentralizaciji sudstva, koja bi dala priliku i da buduće sudije upravnih sudova budu van Beograda, onda bi trebalo da izabere postojanje više prvostepenih upravnih sudova.

Odgovor na drugo pitanje, prvenstveno, zavisi od finansijskih sredstava koja će biti na raspolaganju za sprovođenje reforme. Svaki dodatni sud, bez obzira na ukupan broj sudija, povećava troškove reforme (nove zgrade, pomoćno osoblje, informaciona infrastruktura, itd.). Analiza sprovedena u okviru Projekta podrške sudstvu (*MDTF's Justice Sector Support Project*), koji su sproveli Ministarstvo pravde Srbije i Svetska banka, pokazalo je da bi, prema prilivu predmeta iz 2013. godine (21.756 predmeta) i njihovoj složenosti, trebalo da se angažuje novih 78 sudija prvostepenih upravnih sudova.¹⁵ Novi broj sudija bi trebalo da bude određen na osnovu povećanog priliva predmeta (24.262 predmeta u 2015.

¹⁵ Jedan od autora članka, Vuk Cucić, u svojstvu stručnjaka Svetske banke pripremio je potrebne analize i prednacrt zakona neophodne za uvođenje dvostepenog upravnog sudstva 2014. godine. Pomenuta analiza je sprovedena na osnovu broja predmeta u 2013. godini i Izveštaja o proceni predmeta u sudovima u Srbiji na osnovu njihove složenosti, koji je pripremila posebna radna grupa Visokog saveta sudstva uz pomoć organizacija USAID. Izveštaj sadrži metodologiju za procenu složenosti predmeta i vreme neophodno za njihovo rešavanje. Izveštaj je zasnovan na empirijskom istraživanju sprovedenom u različitim sudovima u Srbiji, uključujući i Upravni sud. Izveštaj je od 17. decembra 2012. godini. Prema Izveštaju, predmeti Upravnog suda bili su podeljeni u tri kategorije - jednostavne, složene i vrlo složene. Bilo je 7.12% jednostavnih, 70.06% složenih i 22.82% vrlo složenih predmeta (str. 36 Izveštaja). Procenjeno je da je sudiji bilo potrebno 170 minuta da reši jednostavan slučaj, 330 minuta da reši složen predmet i 455 minuta da reši vrlo složen predmet (str. 40 Izveštaja). Primenom formule sadržane u Izveštaju (str. 26), dolazi se do podatka da je sudiji prosečno bilo potrebno 347 minuta da reši slučaj. Kako sudija ima na raspolaganju 96.750 minuta radnog vremena u godini (str. 38 Izveštaja), proizlazilo je da je sudija mogao da reši 279 predmeta godišnje, iz ove računice izveden je broj od 78 sudija.

godini¹⁶⁾ i nove ocene strukture predmeta prema njihovoj složenosti. Smatramo da bi taj broj sudija trebalo da bude raspoređen, barem u prvoj fazi reforme, u Beogradu, Novom Sadu, Nišu i Kragujevcu, to jest, prema postojećem sedištu suda i njegovim odeljenjima, s tim da bi se ovoga puta radilo o istinskoj decentralizaciji upravnog sudstva.

Da se vratimo na šire i dublje pitanje – kako treba da izgleda upravno sudstvo i upravnopravna zaštita uopšte?

Prvo je pitanje da li upravno sudstvo treba u budućnosti da dobije još jednu upravnosudsku instancu i kakvu ulogu bi, već u prvoj fazi reforme, ali i kasnije, trebalo da ima Vrhovni kasacioni sud.

Naime, uvođenjem novih prvostepenih upravnih sudova i pretvaranjem Upravnog u upravni apelacioni sud, upravno sudstvo bi, zapravo, dobilo tri stepena, od kojih bi poslednji, najviši, kao što je slučaj i u drugim zemaljama koje imaju trostepeno upravno sudstvo, odlučivao samo po pravnim sredstvima i to u slučajevima koji od posebnog značaja (jer mogu da ustanove praksu za rešavanja većeg broja sličnih predmeta, zbog uticaja na širi krug lica ili zbog vrednosti spora). Dakle, već u prvoj fazi reforme (pod pretpostavkom da bi se reforma ili bar promišljanje o njoj nastavilo) zakonodavac bi trebalo da odgovori na pitanje kakvu ulogu treba da ima Vrhovni kasacioni sud, pod kojim uslovima bi zaštita pred ovim, najvišim sudom bila dostupna strankama i da li bi njegovi upravnopravni kapaciteti trebalo da se uvećaju (trenutno postoji samo jedno tročlano veće za upravne sporove).

Na duži rok se postavlja i pitanje da li bi upravno sudstvo, po ugledu na Francusku, Nemačku, Austriju i neke druge države, trebalo da se izdvoji u posebnu granu sudske vlasti, sa posebnim vrhovnim upravnim sudom. Pitanje je svakako dugoročno već zbog same činjenice da zahteva izmenu čl. 143, st. 4 Ustava, koji propisuje da je Vrhovni kasacioni sud najviši sud u Republici Srbiji.

Prednost postojanja zasebne grane sudske vlasti je u tome što bi lakše mogla da se učine prilagođavanja organizacije sudstva i sudskog postupka upravnopravnoj materiji. Na primer, mogla bi da se propišu posebna pravila za izbor i obuku sudija upravnih sudova – da oni ne moraju da budu pravnici ili da moraju da imaju pripravički staž i u upravnom sudstvu i u upravi. Takođe, značaj upravnog sudstva, sa posebnim vrhovnim sudom bi se povećao, a i postao privlačniji za najiskusnije i najuspešnije sudijske kadrove, koji ciljaju da radnu karijeru okončaju u najvišoj sudskoj instanci. U postojeće sistemu, s obzirom na postojanje samo jednog sudskog veća za upravne sporove u Vrhovnom kasacionom sudu, sudije Upravnog suda, verovatno, ne bi bile prvi izbor za tu sudsku instancu, koja se pre-

¹⁶ Izveštaj o radu Upravnog suda za 2015. godinu, dostupno na <http://www.up.sud.rs/cirilica/arhiva-izvestaja>, pristupljeno 8. septembra 2016. godine.

težno bavi građanskim i krivičnim pravom, a i ako bi bili izabrani, morali bi da menjaju pravnu oblast kojom se bave.

Nedostatak ovog izbora leži u činjenici da bi bicefalni sistem sudske vlasti neminovno zahtevao stvaranje novih organizacionih oblika ili pravnih mehanizama za rešavanje sukoba nadležnosti, za rešavanje prethodnih pitanja iz nadležnosti druge grane sudske vlasti i zauzimanje pravnih stavova o pitanjima u kojima postoji podeljena nadležnost sudova jedne i druge grane sudske vlasti.¹⁷ To bi usložnilo i poskupelo sudski sistem.

Najzad, najbitnije pitanje, koje bi odmah moglo da "dođe na dnevni red", već u prvoj fazi reforme, jeste pitanje organizovanja, funkcionisanja i dalje potrebe postojanja drugostepenog upravnog postupka. Naime, postavlja se pitanje da li dva upravna i dva upravnosudska stepena predstavljaju neopravdano skup, vremenski dugačak i suvišan sistem za zaštitu prava, pravnih interesa i zakonitosti. Utoliko pre ako se doda i mogućnost da, bar u nekim slučajevima, dođe i do postupka po vanrednim pravnim sredstvima pred Vrhovnim kasacionim sudom. Štaviše, takav četvero- ili petostepen postupak ostvarivanja i zaštite prava i pravnih interesa može da stvori poteškoće i u pogledu ostvarivanja i zaštite prava na suđenje u razumnom roku, što državu može dodatno da košta.

Švajcarska¹⁸ i Austrija¹⁹ su, za razliku od Makedonije i Hrvatske, ukinule drugostepeni upravni postupak čim su uvele dvostepeno upravno sudstvo. Takođe, zemlje koje od ranije imaju višestepeno upravno sudstvo, poput Nemačke,²⁰ Francuske²¹ i Rumunije,²² ne propisuju mogućnost ili obavezu izjavljivanja devolutivne, hijerarhijske upravne žalbe pre pristupa upravnom sudu, već obavezu ili čak samo mogućnost izjavljivanja remonstrativne upravne žalbe (poput prigovora u našem pravu) pre pristupa sudu.

¹⁷ Tako je, primera radi, u Francuskoj u tu svrhu formiran poseban Konfliktni tribunal, sastavljen od jednakog broja sudija Kasacionog suda, kao najvišeg redovnog suda i Državnog saveza, najvišeg upravnog suda, Guyomar, Mattias, Seiller, Bertrand, Contentieux administratif, Dalloz, Paris, 2010, p. 12.

¹⁸ Zen-Ruffinen, *op. cit.*, p. 295.

¹⁹ Cucić, *op. cit.*, str. 205.

²⁰ U Nemačkoj postoji obaveza iscrpljivanja upravnopravne zaštite pre podnošenja tužbe upravnom sudu, ali to pravno sredstvo je remonstrativnog karaktera (*Widerspruch*), Schroeder, "Administrative Law in Germany", in *Administrative law of the European Union, its member states and the United States*, Seerden, René [Ed.], Intersentia, Cambridge, 2012, pp. 138–139.

²¹ U Francuskoj je ova obaveza ukinuta još 1889. godine, Guyomar, Seiller, *op.cit.*, p. 10.

²² Dragos, Dacian, Neamtu, Bogdana, "Alternative Dispute Resolution Mechanisms in the Field of Public Procurement: Between Effectiveness and Constitutionality", *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, no. 34/2011, (98–113), p. 111.

Ukidanje drugostepenog upravnog postupka zahtevalo bi analizu broja upravnih žalbi, broja lica koja odlučuju po njima, njihovu opterećenost, procenu mogućeg prelivanja žalbenih predmeta na upravne sudove, kao i procenu umanjenja broja tužbi u slučaju uvođenja obaveze izjavljivanja remonstrativnog upravnopravnog sredstva (prigovora) pre podnošenja tužbe u upravnom sporu. U slučaju ukidanja ili izmene drugostepenog postupka, dve osnovne mogućnosti stoje na raspolaganju - potpuno ukidanje žalbe u upravnom postupku u svim upravnim oblastima ili ukidanje žalbe u upravnom postupku, uz ostavljanje mogućnosti da se posebnim zakonom u određenim oblastima propiše obaveza njenog izjavljivanja pre pristupa upravnom sudu. Oblasti u kojima bi žalba i dalje morala da se izjavi pre pokretanja upravnog spora bi, po pravilu, bile one oblasti u kojima ima najviše žalbenih predmeta, jer bi to sprečilo preterano opterećenje upravnih sudova, i tamo gde je žalba najdelotvornija, to jest, gde odvrća najveći broj žalilaca od naknadnog izjavljivanja tužbe u istoj stvari,²³ jer je to celishodno.

Pored toga, ako bi se ukidao drugostepeni postupak, javlja se još jedan problem – kontrola celishodnosti upravnih akata. To pitanje se ne postavlja tamo gde diskrecioni upravni akt donose najviši, samostalni organi državne uprave, nezavisni državni organi ili najviši organi jedinica teritorijalne autonomije i lokalne samouprave u stvarima iz sopstvenog delokruga. Protiv njihovih odluka i inače ne bi bila dopuštena žalba, te samim tim ni kontrola celishodnosti njihovih akata. To je i logično, s obzirom na to da su oni nosioci javne politike u datoj oblasti i odgovaraju politički za način na koji će koristiti diskrecionu ocenu koja im je data zakonom. Problem bi se, dakle, javio u onim oblastima u kojima diskrecioni upravni akt u prvom stepenu donose organi protiv čijih odluka je, ako drugačije nije propisano posebni zakonom, dozvoljena žalba. Oni nisu nosioci javne politike u oblasti. Tu bi, pored dva ranije navedena slučaja, imalo smisla ostaviti obavezu ili bar mogućnost izjavljivanja upravne žalbe hijerarhijski nadređenom organu. Trebalo bi proceniti da li onda dozvoliti da se žalbom napada samo necelishodnost ili i nezakonitost upravnog akta.

Postoji još jedna mogućnost vezana za kontrolu diskrecionih upravnih akata. Naime, u švajcarskom upravnom sporu, Saveznom upravnom sudu, prvostepenom upravnom sudu na saveznom nivou, dopušteno je da kontroliše ne samo zakonitost, već i celishodnost diskrecionih upravnih akata. To je posledica ukidanja obaveze izjavljivanja žalbe u upravnom postupku pre pristupanja upravno-sudskoj zaštiti.²⁴ Ipak, to rešenje je kritikovano i u samoj Švajcarskoj,²⁵ a pitanje je

²³ Videti istraživanje o delotvornosti žalbe u upravnom postupku u Srbiji - Milovanovic, Dobrosav, Davinic, Marko, Cucic, Vuk, "Efficiency of the Administrative Appeal (the Case of Serbia)", *Transylvanian Review of Administrative Sciences*, no. 37/2012, pp. 95 – 111.

²⁴ Detaljno o ovome, uz upućivanje na relevantnu literaturu v. Cucic, *op. cit.*, 184-187.

²⁵ *Ibid.*

koliko bi povećalo obim rada upravnih sudova i da li bi zahtevalo dodatnu obuku sudija, pogotovo sudija novih prvostepenih upravnih sudova, koji, barem delom, ne bi došli iz redova sudija i saradnika sadašnjeg Upravnog suda, to jest, koji ne bi imali iskustva iz prakse. Takođe, a važnije od toga, postavlja se pitanje opravdanosti takvog rešenja u kojem sudije, kao lica bez političkog legitimiteta stečenog na izborima, vode javnu politiku u određenoj upravnoj oblasti umesto onih koji su za to izabrani i koji će, u krajnjoj liniji, snositi političku odgovornost za to.

Smatramo, stoga, da ne bi trebalo poveriti kontrolu celishodnosti upravnih akata upravnim sudovima.

PREDMET UPRAVNOG SPORA

Povećanje broja upravnosudskih instanci, upravnih sudova i sudija neminovno povlači za sobom i pitanje opravdanosti proširenja predmeta upravnog spora. Da li bi buduće, dvostepeno upravno sudstvo trebalo da, pored zakonitosti upravnih akata i drugih pojedinačnih pravnih akata navedenih u čl. 3 Zakona o upravnim sporovima, ocenjuje i zakonitost drugih akata uprave - upravnih propisa (opštih pravnih akata organa državne uprave), upravnih ugovora i upravnih radnji, i da odlučuje o zahtevima za naknadu štete pričinjene radom uprave? Naime, u Francuskoj upravni sudovi kontrolišu zakonitost podzakonskih akata uprave, zaključenih upravnih ugovora i odlučuju o zahtevima za naknadu štete istaknutim protiv uprave,²⁶ a u Nemačkoj upravni sudovi kontrolišu zakonitost materijanih akata uprave.²⁷ Uvođenje dvostepenog upravnog sudstva u Hrvatskoj dovelo je do proširenja nadležnosti upravnih sudova i na kontrolu zakonitosti podzakonskih akata jedinica lokalne i područne (regionalne) samouprave i pravnih lica koja imaju javna ovlašćenja ili koja obavljaju javnu službu.²⁸

Prilikom razmatranja pitanja proširenja predmeta upravnog spora mora se obavezno u obzir uzeti i činjenica da je novim Zakonom o opštem upravnom postupku (Službeni glasnik RS, br. 18/2016) proširen pojam upravne stvari, to jest,

²⁶ *L'élargissement du domaine du recours de plein contentieux par rapport à celui du recours pour excès de pouvoir*, étude de Fondation pour le Droit Continental, dostupno na http://www.fondation-droitcontinental.org/fr/wp-content/uploads/2014/01/rpep_etude-fr.pdf, pristupljeno 7. avgusta 2014. godine, p. 19.; Devolvé, Pierre, "Les nouveaux pouvoirs du juge administratif dans le contentieux des contrats", dans *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs?*, Perrot, Roger (Ed.) - Dalloz, Paris, 1996, (83-98), p. 83; Chapus, René, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 13^{ème} édition, Paris, 2008, p. 237.

²⁷ Sommermann, Karl-Peter, "Les transformations du contentieux administratif en Allemagne", *Annuaire européen d'administration publique*, Centre de Recherches Administratives, Aix-en-Provence, Presses Univ. d'Aix-Marseille, 2009. (23-38), p. 28

²⁸ Čl. 3, st. 2 Zakona o upravnim sporovima Hrvatske, dostupno na <http://www.zakon.hr/z/101/Zakon-o-upravnim-sporovima>, pristupljeno 8. septembra 2016. godine.

predmet upravnog postupka tako da, pored donošenja upravnih akata i izdavanja javnih uverenja, obuhvata i donošenje garantnog akta, zaključivanje upravnih ugovora, preduzimanje upravnih radnji i pružanje javnih usluga (čl. 2). Ipak, sistem zaštite prava i pravnih interesa nezadovoljnih stranaka u upravnom postupku postavljen je tako da ne proširi predmet upravnog spora. Naime, uvedeno je novo, remonstrativno pravno sredstvo, prigovor, koje se izjavljuje protiv onih vrsta upravnog postupanja (ili propuštanja) koje nemaju pravni karakter - neizvršenja obaveza iz upravnog ugovora od strane organa uprave, (ne)preduzimanje upravnih radnji i neodgovarajuće pružanje javnih usluga. Po izjavljenom prigovoru donosi se upravni akt, koji se zatim, zavisno od položaja organa koji je odlučivao o prigovoru, može napadati žalbom u upravnom postupku, pa tužbom u upravnom sporu ili neposredno tužbom. Time su i upravne aktivnosti koje nemaju karakter upravnog akta uvedene u redovni put upravnopravne zaštite, te pred Upravni sud može, još uvek, da dođe samo pitanje zakonitosti upravnog akta ili ćutanja uprave u postupku donošenja upravnog akta.²⁹

Sledi da su ove vrste upravnog postupanja, posredno, već uvedene u sistem upravnosudske zaštite, te da je pitanje proširenja predmeta upravnog spora u tom delu izlišno. S druge strane, ovim putem suštinski dolazi do povećanja obima posla upravnog suda i kvalitativno (zbog različitosti i proširenja kruga pitanja o kojima se odlučuje odlučuje upravnim aktima) i kvantitativno (jer se povećava broj upravnih akata protiv kojih se može voditi upravni spor).

Kontrola zakonitosti opštih akata organa uprave u upravnom sporu, deluje nam, donosi više poteškoća i pitanja nego koristi i odgovora. Najpre, sa teorijskog aspekta, postavlja se pitanje da li je isključivo organski kriterijum (donosilac opšteg akta) dovoljan za izdvajanje kontrole zakonitosti ove kategorije akata u odnosu na kontrolu zakonitosti opštih akata drugih donosilaca. Pored toga, preuzimanjem ovog posla iz nadležnosti Ustavnog suda, makar za ovo bio nadležan i samo drugostepeni upravni sud, što je slučaj u Hrvatskoj,³⁰ zahtevalo bi dodatno povećanje broja sudija i njihovu posebnu obuku. Takođe, javio bi se problem usklađivanja postupka i merila za ocenu zakonitosti opštih akata između Ustavnog suda i upravnog(ih) sud(ov)a. Postavilo bi i pitanje da li ocena zakonitosti opštih akata treba da se vrši u subjektivnom sporu, to jest, povodom zahteva stranke kojoj

²⁹ Detaljno o ovome v. Milovanović, Dobrosav, Cucić, Vuk, "Nova rešenja Nacrta zakona o opštem upravnom postupku u kontekstu reforme javne uprave u Srbiji", *Pravni život*, br. 10, tom II, Beograd, 2015, (95-110); Milovanović, Dobrosav, Cucić, Vuk, "Unapređenje poslovnog okruženja u Srbiji u svetlu novih rešenja Nacrta zakona o opštem upravnom postupku", *Usklađivanje poslovnog prava Srbije sa pravom EU*, (ur. Vuk Radović), 2015, (445-469).

³⁰ Čl. 12, st. 3, tač. 2 Zakona o upravnim sporovima Hrvatske, dostupno na <http://www.zakon.hr/z/101/Zakon-o-upravnim-sporovima>, pristupljeno 8. septembra 2016. godine.

je neko pravo ili pravni interes povređen neposredno ili posredno nezakonitim podzakonkim aktom ili u objektivnom sporu, gde bi se apstraktno cenila usklađenost podzakonskog propisa sa zakonom. Najzad, nametnulo bi se i problem podele nadležnosti između upravnog suda ili sudova i Ustavnog suda. Konkretno, dva su pitanja - da li zakonitost svih podzakonskih opštih akata organa uprave treba da ceni(e) upravni sud(ovi) ili samo nekih, a za ostale da ostane nadležan Ustavni sud, kao i da li upravni sud(ovi) treba da ceni(e) samo zakonitost ili i ustavnost ovih akata?

Pomenuto nas navodi na zaključak da bi verovatno bilo bolje da ocena ustavnosti i zakonitosti opštih pravnih akata ostane u celini nadležnost Ustavnog suda.

Na kraju, pitanje je da li treba obavezati upravne sudove da odlučuju i o zahtevima za naknadu štete pričinjene činjenjem ili propuštanjem organa uprave, te da to ne bude kao do sad, tek ograničena mogućnost. Uz ovo, ide i pitanje da li upravni sudovi treba da odlučuju samo o zahtevima za naknadu štete pričinjene osporenim upravnim aktom ili, pak, i o zahtevima za naknadu štete koja je pričinjena drugim vrstama upravnog postupanja, a koja su prethodno napadnuta prigovorom i, eventualno, žalbom u upravnom postupku. Drugim rečima, da li tu upravni sud treba u punoj jurisdikciji da odluči o samom upravnom postupanju, to jest, da uredi odnose iz upravnog ugovora, da naloži preduzimanje ili obustavljanje preduzimanja upravne radnje i način otklanjanja nedostataka u pružanju javne usluge, pa da, zatim, odluči i o zahtevu za naknadu štete.

Pod pretpostavkom da upravni sudovi dobiju ljudske i materijalne resurse neophodne za tako nešto, što je pitanje političke volje, odgovor na oba pitanja bio bi potvrđan. Naime, kad poništi određeni upravni akt zbog nezakonitosti ili posredno, preko osporenog upravnog akta donetog po prigovoru utvrdi nezakonitost druge vrste upravnog postupanja, upravni sud, zapravo, odlučuje o gotovo svim pitanjima bitnim za odluku o naknadi pričinjene štete. Sud, u svakom slučaju, utvrđuje protivpravnost i štetnika (upravu) kao najbitnije elemente za doosuđivanje naknade štete. Štaviše, često će upravni sud utvrditi, ili će to iz prirode predmeta biti očividno, i da poništeni akt ili druga vrsta upravnog postupanja predstavljaju štetnu radnju, i njihovu uzročno-posledičnu vezu sa prouzrokovanim štetom. U takvim slučajevima ostalo bi samo da se utvrdi iznos pričinjene štete, a što i redovni sudovi čine nalaganjem da se izvrši veštačenje. U takvoj situaciji, poslati tužioca da traži naknadu štete u parničnom postupku predstavlja gubitak vremena i materijalnih sredstava i za tužioca i za tuženog (što je najčešće država ili drugi javnopravni kolektivitet) i za celokupan sudski sistem, čija se efikasnost time značajno umanjuje.

PRAVNA SREDSTVA

Razmotrićemo dva elementa ovog pitanja - žalbu ili drugo pravno sredstvo, koje bi se izjavljivalo drugostepenom upravnom sudu i vanredno pravno sredstvo, koje bi se izjavljivalo Vrhovnom kasacionom sudu.

Ključno pitanje kod žalbe jeste pitanje filtera za žalbu, to jest pitanje pod kojim uslovima i iz kojih razloga se žalba može izjaviti. Odgovor neposredno zavisi od pitanja da li će u postupku reforme drugostepeni upravni postupak biti ukinut ili ne.

Ako se drugostepeni upravni postupak ukida, upravnosudska žalba bi trebalo da se dozvoli iz svih razloga (povreda materijalnih propisa, povreda pravila postupka, greške pri utvrđivanju činjeničnog stanja i pravno vezani elementi kod diskrecionih upravnih akata), osim zbog necelishodnosti akta i u svim ili skoro svim situacijama. Time bi se kompenzovao nestanak jednog stepena upravnoopravne zaštite.

S druge strane, ako bi upravni postupak ostao dvostepen, a bio uveden još jedan upravnosudski stepen, koji bi predstavljao četvrti stepen u kojem se razmatra ista pravna stvar, imalo bi više smisla da se žalba ne dopusti iz svih razloga i u svim slučajevima. Poučno je iskustvo Austrije, u kojoj se odluke prvostepenih upravnih sudova mogu osporiti pred Vrhovnim upravnim sudom, ali samo pod uslovom da je u predmetu pokrenuto pravno pitanje od fundamentalnog značaja, a to će biti slučaj kad je odlukom upravnog suda odstupljeno od ujednačene prakse Vrhovnog upravnog suda, kad takve prakse nema ili ako je određeno pravno pitanje nedosledno rešavano u prošlosti.³¹ Drugim rečima, Vrhovni upravni sud Austrije bavi se isključivo pitanjima primene i tumačenja zakona i drugih propisa, i to onim povodom kojih ne postoji ili postoji ujednačena sudska praksa. On se ne bavi pitanjima utvrđenog činjeničnog stanja, niti povredama pravila postupka. Time se, zapravo, postiže podela rada između dva upravnosudska stepena, prema kojoj Vrhovni upravni sud, kao drugostepeni sud, daje odgovore na najznačajnija pravna pitanja, dok prvostepeni sudovi naknadno, na osnovu njegovih odluka rešavaju iste ili slične slučajeve.

Takvo rešenje moglo bi da bude pogodno i za Srbiju ako se odluči za postojanje dva upravna i dva upravnosudska stepena. Drugostepeni upravni sud ne bi bio opterećen rešavanjem velikog broja istih ili sličnih predmeta, dok bi posao prvostepenih upravnih sudova bio olakšan postojanjem takvih "pilot" odluka dru-

³¹ Hofstätter, Christoph, "Legal Remedies Against Factual Acts by Police Force – the Serbian and the Austrian Approach", *Annals of the Faculty of Law in Belgrade*, International Edition, no. 3, Belgrade 2013 (168–186), p. 182; čl. 133, st. 4 Saveznog ustava Austrije, dostupno na https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/ErV/ERV_1930_1/ERV_1930_1.pdf, pristupljeno 30 septembra 2014. god.

gostepenog upravnog suda, koje bi predstavljale sigurne smernice za rad i ujednačavanje prakse.

Dobro bi bilo i da se austrijsko zakonsko rešenje proširi, te da se kao žalbeni razlog uvede i povreda pravila postupka od strane prvostepenog upravnog suda. To rešenje bilo bi celishodno zato što bi umanjilo mogućnost izjavljivanja ustavnih žalbi Ustavnom sudu zbog povrede prava na pravično suđenje iz čl. 32 Ustava Srbije i čl. 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima pred prvostepenim upravnim sudovima.

Trebalo bi razmisliti i o vanpravnim filterima za žalbu, konkretno, o ekonomskoj regulaciji. Naime, u Francuskoj je tužiocima dopušteno da u prvostepenom upravnom sporu učestvuju bez punomoćnika, dok pred žalbenim upravnim sudovima moraju da ih zastupaju advokati, a pred Državnim savetom, kao (po pravilu) trećestepenim upravnim sudom, moraju da ih zastupaju advokati koji imaju posebnu licencu za to i koji, razumljivo, daleko više naplaćuju svoje usluge.³² Kako niko ne bi neopravdano bio lišen pristupa pravdi, u francuskim žalbenim upravnim sudovima i Državnom savetu postoji posebno odeljenje koje razmatra oslobađanje tužioca od troškova postupku. Za tako nešto postoje dva uslova - da tužilac nije finansijski sposoban da snosi troškove postupka, uključujući troškove za zastupanje, i da žalba nije nedopuštena ili očigledno neosnovana.³³ Time je obezbeđeno da pravda bude dostupna i da ne košta one koji su u pravu.

Vrhovni kasacioni sud bi, kako čl. 30 Zakona o uređenju sudova i propisuje, trebalo da bude nadležan samo za vanredna pravna sredstva u upravnom sporu. Smatramo da bi primereno bilo da ovo pravno sredstvo bude dostupno samo u slučajevima od posebnog značaja. Tumačenje ovog pravnog standarda trebalo bi prepustiti samom sudu. Primera radi, to bi bili predmeti velike vrednosti, šireg društvenog značaja ili oni koji bi predstavljali osnov za rešavanje velikog broja istih ili sličnih slučajeva. Time bi mu bila data nadležnost da utiče na praksu drugostepenog upravnog suda.

ZAKLJUČAK

Uvođenje dvostepenog upravnog sudstva je pitanje od ključnog značaja za razvoj upravnog prava u Srbiji. Promena tako dubokog i dugoročnog domašaja

³² V. <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procedures/L-avocat-et-l-aide-juridictionnelle/Dans-quelles-situations-le-recours-a-un-avocat-est-il-obligatoire>, pristupljeno 9. septembra 2016. godine.

³³ V. <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Demarches-Procedures/L-avocat-et-l-aide-juridictionnelle/Quelles-conditions-sont-necessaires-pour-beneficier-de-l-aide-juridictionnelle>, pristupljeno 9. septembra 2016. godine.

nije se dogodila u Srbiji još od kraja Drugog svetskog rata, to jest, od napuštanja sistema dvostepenog upravnog sudstva Kraljevine Jugoslavije.

Uprkos značaju ovog pitanja, pritešnjena problemima sa kojima se Upravni sud suočava u praksi i njihovom uticaju na funkcionisanje sudstva i društva uopšte, Srbija, verovatno, neće moći, poput nekih drugih zemalja, da više decenija promišlja ovo pitanje.³⁴ To ne znači da Srbija ne treba da nastavi sa razvojem svog upravnog sudstva i posle ove prve faze reforme, koja bi obuhvatila samo uvođenje novih prvostepenih upravnih sudova. Naprotiv, kako su reforma javne uprave i upravnog sudstva poslovi koji se ne okončavaju trajno, nakon ovoga trebalo bi da se razmotri pitanje svrhe postojanja, organizacija i funkcionisanje drugostepenog upravnog postupka, pitanje specijalizovanih upravnih sudova, specijalizacije sudskih veća i sudija, izdvajanje sistema upravnih sudova u posebnu granu sudske vlasti, sa posebnim vrhovnim sudom za upravne sporove, kao i sva ona druga pitanja koja su obrađena u ovom radu, a koja, verovatno, neće moći da se realizuju na srednji rok, kao rok namenjen ovom pitanju u Nacionalnoj strategiji reforme pravosuđa (Strategija važi za period 2013-2018).

Postoje i druga pitanja koja treba razmotriti u postupku reforme upravnog sudstva, a koja zbog ograničenog prostora nisu razmotrena u ovom radu. To su pitanja proširenja aktivne stranačke legitimacije (da li bi trebalo da je dobiju i organizacije koje zastupaju kolektivne i šire društvene interese, kao što je slučaj u novom Zakonu o opštem upravnom postupku), pitanje utvrđivanja činjeničnog stanja i održavanja usmene rasprave (gde bi uslovi za njeno održavanje trebalo da budu propisani tako da uvažavaju interes za tačnim i potpunim utvrđivanjem činjeničnog stanja i ekonomičnost postupka, na primer, da se usmena rasprava održava samo ako to zahtevaju stranke i ako je činjenično stanje takvo da se bez održavanja usmene rasprave ne bi moglo utvrditi), kao i pitanje odlučivanja u punoj sudskoj jurisdikciji (gde bi zavisno od toga da li se drugostepeni upravni postupak ukida ili ne, trebalo u manjoj ili većoj meri suziti izuzetke u kojima sud ne odlučuje u punoj jurisdikciji³⁵).

³⁴ Reforma upravnog sudstva u Austriji razmatrana je višim od 20 godine, Palmer, Edith, *Austria: Administrative Courts Reformed*, dostupno na http://www.loc.gov/lawweb/servlet/lloc_news?disp3_l205403818_text, pristupljeno 7. septembra 2016. godine.

³⁵ Detaljno o mogućem načinu zakonskog uređenja spora pune jurisdikcije v. Cucić, *op. cit.*, str. 260-301.

MARKO DAVINIĆ

SUKOB IZMEĐU PRAVA JAVNOSTI DA ZNA I PRAVA NA PRIVATNOST

U V O D

Pravo javnosti da zna (pravo na obaveštenost) i pravo na privatnost (pravo na zaštitu podataka o ličnosti) uzdignuti su na rang ustavom zagwarantovanih prava u Republici Srbiji. Tako je, između ostalog, predviđeno da “svako ima pravo na pristup podacima koji su u posedu državnih organa i organizacija kojima su poverena javna ovlašćenja, u skladu sa zakonom”.¹ S druge strane, Ustav predviđa i da “svako ima pravo da bude obavešten o prikupljenim podacima o svojoj ličnosti, u skladu sa zakonom, i pravo na sudsku zaštitu zbog njihove zloupotrebe”.²

Problem nastaje u situaciji kada informacija od javnog značaja istovremeno predstavlja i podatak o ličnosti. Drugim rečima, postavlja se pitanje kom pravu treba dati prednost u ovakvim situacijama, odnosno na osnovu kojih kriterijuma se utvrđuje pretežnost angažovanih interesa? Odgovor na ovo pitanje je veoma kompleksan, ne može se unapred dati, već je neophodno analizirati okolnosti svakog slučaja posebno, što Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti (u daljem tekstu: Poverenik) i čini u svom radu.

Nadležnost Poverenika uređena je Zakonom o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja i Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti, na osnovu

Dr Marko Davinić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Rad je nastao u okviru projekta *Identitetski preobražaj Srbije*, čiji je nosilac Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

¹ Čl. 51. st. 2. Ustava Republike Srbije (“Službeni glasnik RS”, br. 98/2006).

² Čl. 42. st. 4. Ustava Republike Srbije (“Službeni glasnik RS”, br. 98/2006).

kojih je predviđeno da je Poverenik, između ostalog, drugostepeni organ u oblasti slobodnog pristupa informacijama od javnog značaja³ i u oblasti zaštite podataka o ličnosti.⁴ Njegova specifičnost se ogleda u činjenici da on pripada nezavisnim kontrolnim institucijama, koje po mišljenju mnogih pripadaju tzv. četvrtoj grani državne vlasti, dok sa druge strane ima klasična ovlašćenja drugostepenog organa uprave, kada rešava o žalbama podnetim protiv rešenja ili "ćutanja" državnih organa ili nosilaca javnih ovlašćenja. Ova pozicija čini Poverenika jedinstvenom institucijom u pravnom sistemu Republike Srbije. Sukob između prava javnosti da zna i prava na privatnost analiziran je, upravo, u kontekstu bogate prakse Poverenika izložene u zbirkama njegovih odluka i mišljenja.

PRAVO JAVNOSTI DA ZNA I MOGUĆA OGRANIČENJA

Prema Zakonu o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja ovakva informacija se određuje kao ona kojom raspolaže organ javne vlasti, nastala u radu ili u vezi sa njegovim radom, sadržana u određenom dokumentu, a odnosi se na sve ono o čemu javnost ima opravdan interes da zna.⁵ Pri tome, nije bitno ko je izvor informacije, kakav je njen nosač, datum njenog nastanka, način saznavanja i druga slična svojstva informacije.⁶

Opravedani interes javnosti da zna postoji uvek kada se radi o informacijama kojima raspolaže organ vlasti koje se odnose na ugrožavanje, odnosno zaštitu zdravlja stanovništva i životne sredine.⁷ U pogledu ovih, tzv. privilegovanih informacija, organ vlasti ne sme da uskrati pristup javnosti, odnosno u pogledu njih organ ne može da dokazuje da javnost nema opravdan interes da zna za njih.⁸ U pogledu svih drugih informacija kojima raspolaže organ vlasti, smatra se da opravdani interes javnosti da zna postoji, osim ako organ vlasti dokaže suprotno.⁹

³ Čl. 35. st. 1. tač. 5. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja ("Službeni glasnik RS", br. 120/04, 54/07, 104/09 i 36/10).

⁴ Čl. 44. stav 1. tač. 2. Zakona o zaštiti podataka o ličnosti ("Službeni glasnik RS", br. 97/08 i 104/09 – dr. zakon, 68/12 – Odluka US i 107/12).

⁵ Čl. 2. st. 1. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.

⁶ Čl. 2. st. 2. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.

⁷ Čl. 4. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.

⁸ Videti: *Vodič kroz Zakon o slobodnom pristupu informacijama*, Poverenik za informacije od javnog značaja, 5: http://www.poverenik.org.rs/images/stories/Dokumentacija/16_cdok.pdf (4. septembar 2016); Takve su, na primer, informacije sadržane u izveštaju o zdravstvenoj ispravnosti vode za piće sa javnog izvorišta u naseljenom mestu, koje je sačinio Institut za javno zdravlje. Vide ti slučaj: 07-00-03708/2014-03, *Slobodan pristup informacijama: stavovi i mišljenja Poverenika*, br. 4, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Beograd, 2015, 49 – 50.

⁹ Čl. 4. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.

Drugim rečima, u pogledu ovakvih informacija tražilac ne treba da dokazuje da ima opravdan interes da zna za njih, već je teret dokazivanja na organu vlasti koji treba da dokaže da je uskraćivanje informacije neophodno radi zaštite pretežnijeg interesa.¹⁰

Na osnovu iznetog, možemo zaključiti da pravo na pristup informacijama nije apsolutno pravo i da podleže određenim ograničenjima, osim ako se ne radi o već pomenutim privilegovanim informacijama. Navedena ograničenja se izuzetno mogu primeniti ako je to neophodno u demokratskom društvu radi zaštite od ozbiljne povrede pretežnijeg interesa zasnovanog na ustavu ili zakonu.¹¹ Pri tome, pretežniji interes prema Zakonu može se ticati života, zdravlja i sigurnosti nekog lica, vođenja sudskog postupka, odbrane zemlje, njene ekonomske dobrobiti, nacionalne i javne bezbednosti, kao i tajnosti podataka.¹² Takođe, pretežniji interes se može odnositi i na zaštitu prava na privatnost, prava na ugled ili neko drugo pravo lica na koje se informacija lično odnosi.¹³ Neophodno je naglasiti da je organ je dužan da dokaže da bi pristupom traženim informacijama mogla nastupiti realna, a ne hipotetička šteta po zakonom zaštićena dobra, odnosno pretežniji interes.¹⁴

Kao što ni pravo na pristup informacijama nije apsolutno pravo, tako ni pomenuti izuzeci od prava na pristup informacijama propisani čl. 9 i 14. Zakona nisu apsolutne prirode i ne dovode automatski do uskraćivanja ili ograničenja prava bez prethodnog odmeravanja suprotstavljenih interesa i mogućih štetnih posledica.¹⁵ Drugim rečima, i izuzetak od prava javnosti da zna zbog pretežnijeg

¹⁰ Uporediti: Vodič kroz Zakon o slobodnom pristupu informacijama, 5; Kako je istakao Poverenik, "shodno Zakonu, opravdan interes javnosti da zna, u načelu, postoji u pogledu svih informacija kojima raspolažu organi javne vlasti. Tražilac informacije ne treba da dokazuje da ima interes da zna za određenu informaciju, niti da dokazuje da je taj interes opravdan. Shodno članu 15, stav 4. Zakona, organ javne vlasti ne sme od tražioca da zahteva navođenje razloga za podnošenje zahteva." Saopštenje za javnost Poverenika od 4. 7. 2005, *Slobodan pristup informacijama: stavovi i mišljenja poverenika*, br. 2, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Beograd, 2013, 17; Poverenik je i u slučaju 07-00-00538/2011-03 naglasio da Zakon isključuje dokazivanje opravdanog interesa kao uslova za ostvarivanje prava tražioca informacije. Videti: *Slobodan pristup informacijama, Izvod iz prakse Poverenika*, br. 1, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Beograd, 2012, 106–107; Slično: slučaj 07-00-02303/2011-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 1, 18 – 19.

¹¹ Čl. 8. st. 1. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.

¹² Čl. 9. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.

¹³ Čl. 14. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.

¹⁴ Slučaj: 07-00-01750/2010-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 1, 103–104.

¹⁵ Videti: Slučaj: 011-00-00629/2013-02, *Slobodan pristup informacijama: stavovi i mišljenja Poverenika*, br. 3, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Beograd, 2014, 80.

interesa (na primer, zbog zaštite privatnosti) može da ima svoj izuzetak, tako da će se određena informacija ipak staviti na uvid javnosti.

To znači da samo postojanje izuzetaka ne dovodi automatski do ograničenja prava javnosti da zna, već je to stvar procene postupajućeg organa javne vlasti u konkretnom slučaju. On je dužan da primenom tzv. testa javnog interesa oceni pretežnost između prava javnosti da zna i nekog drugog interesa zaštićenog zakonom.¹⁶

Test javnog interesa nastao je tumačenjem člana 8. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja i predstavlja osnovni mehanizam na osnovu koga Poverenik proverava u postupku po žalbi da li je određena informacija uskraćena iz opravdanih razloga. On se sastoji iz tri segmenta, zbog čega je poznat i kao trodelni test. Naime, organ vlasti koji uskraćuje određenu informaciju dužan je da dokaže: 1) da postoji neki od zakonom predviđenih interesa koji se suprotstavlja interesu javnosti da zna; 2) da bi pristupom informacijama taj pretežniji interes bio ozbiljno povređen; i 3) da je uskraćivanje neophodno po merilima demokratskog društva.¹⁷

Takođe, zakonodavac je naglasio i da se tekst Zakona ne sme tumačiti na način koji bi doveo do ukidanja nekog prava koja su njime priznata ili do njegovog ograničavanja u većoj meri od one koja je neophodna.¹⁸ Time je naglašan princip srazmernosti (proporcionalnosti) kao jedno od osnovnih načela kojim se Poverenik rukovodi u svom radu. On je povodom slučaja 011-00-00842/2013-02 naglasio sledeće: "Ministarstvo, kao i svi drugi državni organi, prema članu 20. Ustava Republike Srbije, dužno je da vodi računa o suštini prava koje se ograničava, važnosti svrhe ograničenja, prirodi i obimu ograničenja, odnosu ograničenja sa svrhom ograničenja i o tome da li postoji način da se svrha ograničenja postigne manjim ograničenjem prava. Stoga je prvostepeni organ u postupku ostvari-

¹⁶ Videti slučaj: 011-00-209/2013-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 2, 65, u kome se drugi interes ticao vođenja krivičnog postupka.

¹⁷ Videti: čl. 8. st. 1. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja; *Vodič kroz Zakon o slobodnom pristupu informacijama*, 8; Tako je u slučaju 07-00-01707/2011-03 Poverenik utvrdio da je Komisija za hartije od vrednosti neosnovano odbila zahtev s pozivom na zaštitu nekih drugih interesa (tajnost podataka), jer nije dokazala da bi slobodnim pristupom informacijama bila prouzrokovana veća šteta od one koju bi trpela javnost zbog uskraćivanja pristupa traženim informacijama. *Slobodan pristup informacijama*, br. 1, 71-74; Sa druge strane, u slučaju 07-00-00063/2005-03 tražilac informacije je izjavio žalbu Povereniku protiv preduzeća "Telekom Srbija" a. d. zbog nepostupanja po njegovom zahtevu za pristup podacima o određenom broju poziva sa pretplatničkog broja trećeg lica. Poverenik je našao da je žalba neosnovana, jer je primenom testa javnog interesa utvrdio da nema razloga da se da prevaga zaštiti javnosti da zna u odnosu na zaštitu privatnosti, odnosno da bi privatnost trećeg lica bila ozbiljno povređena stavljanjem na uvid traženih informacija. Videti: *Slobodan pristup informacijama*, br. 1, 77-78.

¹⁸ Videti: čl. 8. st. 2. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.

vanja prava na pristup informacijama od javnog značaja dužan da uzme u obzir sve okolnosti konkretnog slučaja, kao i da, u slučaju da smatra da preteže jedan od suprotstavljenih interesa ili prava lica u konkretnom slučaju, pronađe pravu meru između ostvarivanja prava na pristup informacijama i prava na zaštitu podataka o ličnosti”.¹⁹

PRAVO NA PRIVATNOST KAO MOGUĆI IZUZETAK OD PRAVA JAVNOSTI DA ZNA

Zaštita privatnosti predviđena je članom 14. Zakona kao jedno od mogućih ograničenja prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja, s tim što su u istom članu propisani i izuzeci u korist prava javnosti da zna (“izuzeci od izuzetka”). U tom smislu organ vlasti neće tražiocu omogućiti ostvarivanje prava na pristup informacijama od javnog značaja ako bi time povredio pravo na privatnost (...), osim:

- 1) ako je lice na to pristalo;
- 2) ako se radi o ličnosti, pojavi ili događaju od interesa za javnost, a naročito ako se radi o nosiocu državne i političke funkcije i ako je informacija važna s obzirom na funkciju koju to lice vrši; ili
- 3) ako se radi o licu koje je svojim ponašanjem, naročito u vezi sa privatnim životom, dalo povoda za traženje informacije.²⁰

Tako je, na primer, Poverenik zauzeo stav da podaci o dugovanjima građana za pružene komunalne usluge mogu biti informacije od javnog značaja, iako zadiru u privatnost lica. To znači da se navedeni podaci mogu staviti na uvid javnosti, ali na način da se zaštititi identitet konkretnih lica. Ovakva zaštita, ipak, neće biti potrebna ukoliko postoji izričit pristanak navedenih lica (što je malo verovatno) ili kada su ona svojim ponašanjem dala povoda da se takva informacija objavi (npr. tvrdili su da uredno izmiruje zakonske obaveze i da nemaju dugovanja). Takođe, lice bi se moglo identifikovati i ukoliko je u pitanju ličnosti od interesa za javnost, naročito nosilac državnih ili političkih funkcija i pod uslovom da je informacija važna s obzirom na funkciju koju to lice vrši.²¹

U daljem tekstu analiziraćemo najznačajnije slučajeve iz dosadašnje prakse Poverenika, koji se tiču sukoba između prava javnosti da zna i prava na privatnost (odnosno prava na slobodan pristup informacijama od javnog značaja i prava na zaštitu podataka o ličnosti kao njihove najznačajnije aspekte). Pri tome, slučajeve smo grupisali prema karakteru informacija koje su tražene od organa javne vlasti.

¹⁹ *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 76.

²⁰ Čl. 14. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.

²¹ Slučaj: 011-00-00008/2006-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 2, 88.

Najpre će biti reči o dve grupe informacija koje predstavljaju najčešći izuzetak u odnosu na zaštitu prava na privatnost (informacije koje se tiču ličnosti, pojava ili događaja od interesa za javnost, odnosno informacije koje se tiču vršenja državne ili političke funkcije), a zatim će biti analizirane dve grupe informacija čiji karakter u velikoj meri opredeljuje odlučivanje Poverenika o njihovoj dostupnosti ili uskraćivanju (informacije koje se tiču raspolaganja budžetskim sredstvima, kao i naročito osetljivi podaci).

SLUČAJEVI IZ PRAKSE POVERENIKA

Informacije koje se tiču ličnosti, pojava ili događaja od interesa za javnost

Od pobrojanih izuzetaka u odnosu na zaštitu privatnosti, dosadašnja praksa Poverenika je pokazala da se najčešće prisutan onaj koji se tiče ličnosti, pojave ili događaja od interesa za javnost. Na ovaj izuzetak su se, u mnogim situacijama, pozivali novinari, kada su nastojali da dođu do traženih informacija.

Tako je u slučaju 07-00-02303/2011-03 novinar "B92" tražio od Višeg suda u Kraljevu kopiju optužnice podignute protiv R. V., T. N., O. I. i drugih. S obzirom da mu Sud nije dostavio kopiju traženog dokumenta, niti je doneo rešenje o odbijanju zahteva, tražilac je izjavio žalbu Povereniku. Poverenik je našao da je žalba osnovana, pri čemu je naročito uzeo u obzir da se tražena informacija tiče pripadnika policije, kojima se na teret stavljaju krivična dela u vezi sa korupcijom na administrativnim prelazima sa Kosovom. Očigledno je da se radilo o događaju od interesa za javnost, tako da je u konkretnom slučaju pravu javnosti da zna data prednost u odnosu na interes zaštite privatnosti navedenih lica.²²

Takođe, u slučaju 07-00-02424/2011-03 novinarka NUNS-a je tražila od organa vlasti da joj dostavi kopije dokumenata iz kojih se može saznati kada, koliko puta i u kojim policijskim stanicama su privođeni L. B., D. S., B. Š. i D. O., kao i sve krivične prijave podnete protiv navedenih lica. Nakon što je organ vlasti rešenjem odbio njen zahtev novinarka je izjavila žalbu Povereniku smatrajući da rešenje treba poništiti kao nezakonito i omogućiti joj pristup traženim informacijama. Ona je naglasila da se tražene informacije odnose na L. B., protiv kojeg se vodi sudski postupak zbog teških krivičnih dela, i koji je uhapšen u Španiji, i D. S., koji se nalazi na Interpolovoj poternici, a u policijskim dokumentima se vodi kao vođa novobeogradskog klana, zbog čega je smatrala da interes javnosti prete-

²² Videti: *Slobodan pristup informacijama*, br. 1, 18–19; Na sličan način, Poverenik je u slučaju 011-00-420/2013 istakao da postoji veoma opravdan interes javnosti da zna da li policijski službenik radi i dalje u policijskoj službi nakon što je pravosnažno osuđen zbog nasilničkog ponašanja, kao i to da li je protiv njega vođen disciplinski postupak i koji je njegov ishod. Interes javnosti da zna je naročito opravdan imajući u vidu vrstu krivičnog dela za koje je pravosnažno osuđen i prirodo policijskih poslova. *Slobodan pristup informacijama*, br. 2, 79.

že nad interesom da se zaštiti privatnost tih lica. Poverenik je utvrdio da je žalba tražilje osnovana i da interes javnosti da zna, u konkretnom slučaju, preteže nad interesom zaštite privatnosti navedenih lica, polazeći od toga da je reč o licima i događajima od interesa za javnost.²³

Na sličan način, novinarka NUNS-a je u slučaju 07-00-02446/2011-03 tražila od Ministarstva unutrašnjih poslova da joj dostavi kopije dokumenata iz kojih se može saznati kada je i u kojim policijskim stanicama privođen pok. D. S., vođa organizovane kriminalne grupe iz Zemuna, kao i sve krivične prijave podnete protiv njega. Nakon što je organ vlasti rešenjem odbio njen zahtev, novinarka je izjavila žalbu Povereniku smatrajući da rešenje treba poništiti kao nezakonito. Ona je naglasila da postoji veliko interesovanje javnosti za lice o kome je tražila informacije, s obzirom na događaje u kojima je ono učestvovalo (ubistvo premijera Zorana Đinđića, iznude, otmice i sl.). Poverenik je utvrdio da je žalba tražilje osnovana s obzirom da interes javnosti da zna, u konkretnom slučaju, nesumnjivo preteže nad interesom zaštite privatnosti ovog lica, budući da se tražene informacije odnose na ličnost i događaj od velikog interesa za javnost.²⁴

U pogledu dostupnosti konkursne dokumentacije za izbor direktora Agencije za borbu protiv korupcije, Poverenik je zauzeo stav da ove informacije treba učiniti dostupnim javnosti, ali u meri u kojoj su one bitne za raspravu o poštovanju propisane procedure izbora, kao i za raspravu o tome da li je nadležni odbor Agencije izabrao kandidata sa najboljim referencama. Poverenik je zauzeo ovakav stav imajući u vidu da izbor direktora Agencije za borbu protiv korupcije predstavlja događaj od posebnog interesa za javnost, tako da su nerealna očekivanja onih učesnika na konkursu između kojih je nadležni odbor vršio izbor, da njihovo učešće ostane u sferi privatnosti.²⁵ Jasno je da se Poverenik u ovom predmetu pozvao na izuzetak koji se tiče posebnog interesa javnosti, a ne činjenicu da se radi o nosiocu državne funkcije, s obzirom da učesnici na konkursu još uvek nisu i izabrani na funkciju.

Konačno, u slučaju 07-00-02272/2016-03 koji je izazvao veliku pažnju šire javnosti i medija Poverenik je poništio rešenje Višeg javnog tužilaštva u Beogradu i naložio ovom organu da bez odlaganja dostavi tražiocu informacije kopije do-

²³ Slučaj: 07-00-02424/2011-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 1, 79–81.

²⁴ Slučaj: 07-00-02446/2011-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 1, 82–84.

²⁵ Slučaj: 07-00-02665/2014-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 4, 46–47; Na sličan način, Poverenik je naglasio da očekivanja prijavljenih kandidata za funkciju direktora Istorijskog muzeja Srbije u pogledu zaštite privatnosti ne mogu biti na onom nivou na kome bi bila očekivanja kandidata na konkursu za posao “običnog” državnog službenika ili za posao van organa javne vlasti. Videti slučaj: 011-00-00691/2013-02, *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 78–80; Ipak, neće svi podaci iz konkursne dokumentacije biti dostupni javnosti. Tako, na primer, rezultati psihotesta ozbiljno zadiru u intimu ličnosti, pa kao takvi ne mogu predstavljati informacije od javnog značaja. Videti slučaj: 07-00-00922/2013-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 4, 66–68.

kumenata iz kojih se može saznati broj predmeta, kao i ime i prezime postupajućeg tužioca koji vodi postupak povodom rušenja objekata u Hercegovačkoj ulici u Beogradu (slučaj "Savamala"). Poverenik je u obrazloženju rešenja naglasio da je u ovom slučaju Zaštitnik građana utvrdio ozbiljne propuste u radu nadležnih organa, što dodatno pojačava interes javnosti za informacije u vezi sa ovim događajem, o čemu svedoče i brojni medijski članci, kao i javni protesti građana. Na osnovu svih okolnosti, Poverenik je našao da u konkretnom slučaju interes javnosti da zna preteže u odnosu na interes zaštite privatnosti lica.²⁶

*Informacije koje se tiču vršenja državne
ili političke funkcije*

Ovakve informacije izazivaju poseban interes javnosti i lica koja vrše državne i političke funkcije moraju imati veći stepen tolerancije u pogledu zaštite svoje privatnosti u odnosu na ostale građane. Naravno, nije svaki podatak o ličnosti dostupan javnosti samim tim što se tiče osobe koja vrši državnu ili političku funkciju, već je neophodno da je informacija važna s obzirom na funkciju koju to lice vrši.

Tako je u slučaju 07-00-01480/2011-03 tražilac podneo zahtev Ministarstvu pravde Republike Srbije kako bi mu bili stavljeni na uvid dokumenti koji se odnose na polaganje pravosudnog ispita tadašnje ministarke pravde. Ministarstvo je odbilo njegov zahtev, nakon čega se tražilac obratio Povereniku, koji je poništio rešenje Ministarstva i naložio mu da dostavi tražene informacije. U obrazloženju rešavanja Poverenika istaknuto je da se traženi podaci odnose na ministarku pravde, odnosno nosioca državne funkcije, kao i na članove Komisije za polaganje pravosudnog ispita, koji proveravaju stručnu sposobnost za obavljanje određenih funkcija i poslova. Stoga su se u konkretnom slučaju stekli uslovi za primenu izuzetaka u odnosu na pravo na privatnost, kao mogući razlog ograničenja prava javnosti da zna.²⁷ Očigledno se u konkretnom slučaju radilo o informacijama koje su bile važne s obzirom na funkciju koju je to lice vršilo.

Ipak, Poverenik je drugačije postupio u slučaju 07-00-03519/2014-03 kada su tražene informacije od Fakulteta o položenim ispitima lica koje danas obavlja sudijsku funkciju i uz to je zamenik predsednika suda. Naime, Poverenik je odbio žalbu tražioca kao neosnovanu, nakon što mu je prethodno odbijen zahtev za dostupnost informacija od strane Fakulteta. Poverenik je u obrazloženju zaključio da nisu ispunjeni uslovi za primenu nekog od izuzetaka od prava na privatnost, odnosno da u konkretnom slučaju zaštita privatnosti preteže u odnosu na pravo

²⁶ Videti: <http://www.poverenik.org.rs/yu/saopstenja-i-aktuelnosti/2445-pismo-poverenika-republickom-javnom-tuziocu-povodom-slucaja-qsavamalaq.html> (30. 9. 2016).

²⁷ *Slobodan pristup informacijama*, br. 1, 137–139.

javnosti da zna.²⁸ Ipak, ne možemo se složiti sa stavom Poverenika u konkretnom slučaju, imajući u vidu da ocene i dužina studija, mogu biti veoma bitne informacije za izbor na sudijsku funkciju i na moguća napredovanja. Pri tome, smatramo da je su motivi tražioca informacija u konkretnom slučaju, potpuno irelevantni za zauzimanje ovakvog stava (njegovo nezadovoljstvo tokom sudskog postupka i sumnja u obrazovanje sudije).

U velikom broju situacija, organi traže načelno mišljenje od strane Poverenika, kako bi predupredili nezakonito postupanje u budućim situacijama. Tako je skuština grada postavila pitanje da li listing o elektronskom glasanju koji sadrži i informacije o tome kako su o određenim tačkama dnevnog reda glasali pojedini odbornici, predstavlja informaciju od javnog značaja, koja bi mogla da se stavi na uvid javnosti. Organ je istakao i da bi dostavljanje listinga glasanja negativno uticalo na nezavisnost odbornika i njihovu slobodu volje. U svom odgovoru Poverenik je naglasio da je vršenje bilo koje javne funkcije, podrazumeva i odgovornost za njeno pravilno obavljanje, čime je i prag privatnosti ovih lica značajno niži u odnosu na ostale građane. U korist ovakvom stavu jesu i činjenice da se radi o informacijama koje su nastale u vezi s vršenjem javnih odnosno političkih funkcija, i da je nesporan interes građana da znaju kakve stavove izabrani predstavnici zauzimaju pri odlučivanju o pitanjima koja su od njihove životne važnosti.²⁹

Već je naglašeno da sama činjenica da se informacija tiče nosioca državne i političke funkcije, ne znači automatski i da predstavlja informaciju od javnog značaja. Tako je Poverenik zauzeo stav da činjenica da je adresa stanovanja funkcionera (ministra u konkretnom slučaju) tražiocu potrebna radi dostavljanja sudu u vezi s utuženjem, tj. uređivanja podneska, sama po sebi nije dovoljan razlog da se ona učini opštedostupnom, kao informacija od javnog značaja. S obzirom da u konkretnom slučaju nije postojala saglasnost funkcionera za objavljivanje podataka i da on svojim ponašanjem nije dao povoda za traženje informacija, odluka o

²⁸ *Slobodan pristup informacijama*, br. 4, 64–65; Na sličan način, Poverenik je odbio žalbu lica, koje je prethodno tražilo kopije dokumenata u vezi sa studijama načelnika policijske uprave. Poverenik je zauzeo stav da nisu u pitanju informacije koje se odnose na ispunjavanje uslova za obavljanje konkretnih poslova, niti o informacije bitne za ocenu zakonitosti odluka ovog lica. Slučaj: 07-00-01006/2013-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 4, 68–69; Međutim, u slučaju 07-00-01521/2010-03 Poverenik je usvojio žalbu tražioca kome su prethodno uskraćene informacije od Višeg suda u Beogradu o načinu i vremenu prijema u radni odnos sudijskih pomoćnika, kao i o njihovim ocenama tokom rada. U donošenju ovakvog rešenja Poverenik se rukovodio činjenicom da se ocene sudijskih pomoćnika odnose na obavljanje javnog posla, odnos prema poslu i kvalitet, a ne na njihova lična svojstva, tako da postoji opravdan interes da se one učine dostupnim javnosti. *Slobodan pristup informacijama*, br. 1, 140–142.

²⁹ Slučaj: 011-00-00540/2013-02, *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 26–27.

njihovoj dostupnosti doneta je na osnovu procene da ova informacija nije važna s obzirom na funkciju koju ministar obavlja.³⁰

S druge strane, lični podaci koji se odnose na pripadnost političkoj stranici, po pravilu, predstavljaju informacije od javnog značaja i kao takvi dostupni su javnosti, s obzirom da su važni za funkciju koju neko lice vrši.³¹

Informacije koje se tiču raspolaganja budžetskim sredstvima

Tokom godina, Poverenik je zauzeo načelan stav da kad god su u pitanju informacije koje se odnose na raspolaganje budžetskim sredstvima, postoji naročito opravdan interes javnosti da zna, odnosno građana kao poreskih obveznika da znaju kako se raspolaže tim sredstvima. Tako, informacije o potrošenim sredstvima za službena putovanja, uključujući i one o licima koja su išla na službeni put, o mestu, dužini i svrsi putovanja, načinu plaćanja troškova jesu informacije za koje postoji interes javnosti i one moraju biti dostupne.³²

Poverenik je zauzeo stav i da brojevi službenih mobilnih telefona državnih službenika jesu informacije od javnog značaja, s obzirom na to da su nastale u vezi s radom organa vlasti, i da su sadržane u nekom od dokumenata organa u vezi s evidencijama ili plaćanjem troškova. Ovakvi brojevi bi morali da budu dostupni javnosti s obzirom da se službeni mobilni telefoni koriste u obavljanju svakodnevnih poslova državnih službenika, a posebno imajući u vidu da se troškovi za obavljene razgovore plaćaju budžetskim sredstvima. Ovakvo shvatanje je u skladu i sa načelnim stavom Poverenika da podaci za kontakt sa državnim službenicima, njihova imena i dužnosti koje obavljaju, treba da budu dostupni javnosti.³³

Takođe, informacije nastale u vezi s radom državne bolnice, uključujući zarade zaposlenih, jesu informacije od javnog značaja, po mišljenju Poverenika.³⁴ Isti karakter imaju i informacije o raspolaganju poslovnim prostorom opštine,

³⁰ Videti opširno, slučaj: 07-00-02649/2013-02, *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 67–68; Videti i slučaj 07-00-02535/1/2013-03, u kome je istaknuto da činjenica da je određeno lice svojim ponašanjem izazvalo podnošenje privatne tužbe nije dovoljan razlog koji bi opravdavao da se njegova privatna adresa učini dostupnom javnosti. *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 71–73.

³¹ Videti: Klemen Mišić, Maja Lubarda, *Zaštita podataka, Priručnik za rukovoaoce*, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti Republike Srbije, Beograd, 2012, 44.

³² Slučaj: 06-00-29/2006-04, *Slobodan pristup informacijama*, br. 2, 39; Videti i sličan slučaj 07-00-01210/2/2013-03, koji se ticao informacije o iznosu plate i dnevnica za službeni put zaposlenog u javnom preduzeću. *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 66–67.

³³ Slučaj: 011-00-00570/2011-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 2, 39–40.

³⁴ Slučaj: 011-00-00185/2013-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 2, 73–74; Na isti način, Poverenik je zauzeo stav da informacije o naknadama isplaćenim na ime dežurstava sudija treba da budu dostupne javnosti (slučaj: 07-00-00278/2015-03), kao i informacije o zbirnom iznosu isplaćenih naknada od strane organa vlasti po osnovu nezaposlenosti (slučaj: 07-00-04784/2014-

uključujući i imena lica s kojima organi vlasti zaključuju pravne poslove, posebno ako se uzme u obzir da lica koja posluju sa državom ne mogu imati očekivanja zašтите privatnosti u meri u kojoj to očekuju ostali građani.³⁵

Na sličan način, podatak o statusu studenta državnog univerziteta, koji je po svom karakteru podatak o ličnosti, predstavlja istovremeno i informaciju od javnog značaja, s obzirom da se odnosi na finansiranje redovnih studenata iz budžeta, a za takvu informaciju se pretpostavlja da postoji opravdan interes javnosti da zna.³⁶ Takve su i informacije o članovima registrovanih nekomercijalnih poljoprivrednih gazdinstava na teritoriji Republike Srbije, koji su ostvarili pravo na korišćenje sredstava podrške na osnovu odgovarajuće uredbe.³⁷

Naročito osetljivi podaci

Ovakvi podaci se odnose na nacionalnu pripadnost, rasu, pol, jezik, veroispovest, pripadnost političkoj stranci, sindikalno članstvo, zdravstveno stanje, primanje socijalne pomoći, žrtvu nasilja, osudu za krivično delo i seksualni život i mogu se obrađivati na osnovu slobodno datog pristanka lica, osim kada zakonom nije dozvoljena obrada ni uz pristanak.³⁸

S obzirom da se radi o podacima o ličnosti, ovakve informacije bi mogle da se stave na uvid javnosti samo ukoliko bi se utvrdilo da postoje uslovi za primenu izuzetaka iz člana 14. Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, o kojima je već bilo reči.

03). Videti: *Slobodan pristup informacijama: stavovi i mišljenja Poverenika*, br. 5, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti, Beograd, 2016, 83–85, 91–94.

³⁵ Slučaj: 011-00-00333/2013-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 2, 77–79; Na sličan način, Poverenik je zaključio da lica s kojima je organ vlasti zaključivao ugovore ne mogu očekivati potpunu zaštitu prava na privatnost kada stupaju u poslovne odnose s organom vlasti. Slučaj: 07-00-00566/2013-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 68–69.

³⁶ Slučaj: 011-00-00806/2013-02, *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 28–30.

³⁷ Slučaj: 011-00-00380/2014-02, *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 30–32; Videti i slučaj: 011-00-00747/2013-02, *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 76–77.

³⁸ Videti: čl. 16. st. 1. Zakona o zaštiti podataka o ličnosti; Izuzetno, podaci koji se odnose na pripadnost političkoj stranci, zdravstveno stanje i primanje socijalne pomoći, mogu se obrađivati bez pristanka lica, samo ako je to zakonom propisano. Čl. 16. st. 2. Zakona o zaštiti podataka o ličnosti; Tako se naglašava, da ako kažemo da je određena osoba bolesna, to je otkrivanje njenih podataka o ličnosti. Međutim, ukoliko se napiše da određena osoba boluje od specifične bolesti (npr. kancera pluća), time su otkriveni naročito osetljivi podaci o ličnosti. Ovakvi podaci, s obzirom na svoj karakter i činjenicu da se mogu koristiti na diskriminatoran način, zahtevaju opreznije postupanje od strane rukovaoca. Videti: Klemen Mišić, Maja Lubarda, *Zaštita podataka, Priručnik za rukovaoce*, Poverenik za informacije od javnog značaja i zaštitu podataka o ličnosti Republike Srbije, Beograd, 2012, 10.

Tako je u slučaju 07-00-02058/2010-03 Udruženje građana iz Novog Pazara tražilo od Centra za socijalni rad kopije rešenja o licima koji su korisnici materijalne pomoći. Organ javne vlasti je rešenjem odbio navedeni zahtev, nakon čega je tražilac izjavio žalbu Povereniku. On je odbio žalbu kao neosnovanu s obzirom da se radilo o naročito osetljivim podacima, čija dostupnost javnosti bi ozbiljno ugrozila pravo na privatnost lica na koje se informacije odnose. Takođe, Poverenik je utvrdio i da ne postoje uslovi za primenu izuzetaka od prava na privatnost, s obzirom da Udruženje nije pružilo bilo kakav dokaz o postojanju takvih okolnosti.³⁹

U drugom predmetu, udruženje lica sa invaliditetom je zatražilo od gradske uprave fotokopije spiskova korisnika lične i porodične invalidnine za ratne i mirnodopske vojne invalide, kako bi proverilo i upotpunilo sopstvenu evidenciju. S obzirom da nadležni organ nije postupio po zahtevu, udruženje je izjavilo žalbu Povereniku. On je odbio žalbu s obzirom da je ocenio da se zahtev tiče naročito osetljivih podataka, a da ne postoje uslovi za primenu izuzetaka od zaštite prava na privatnost. Poverenik je istakao i da tražilac ima pravo na pristup depersonalizovanim spiskovima sa iznosima isplata, što u konkretnom slučaju očigledno nije bio predmet interesovanja žalioca.⁴⁰

Na sličan način, Poverenik je odbio i žalbu lica koje je tražilo uvid u spise predmeta anonimne prijave za nasilje u porodici njegove ćerke i ime lica koje je podnelo prijavu s obzirom da se radilo, takođe, o naročito osetljivim podacima. Poverenik je naglasio da bi dostupnost ovakvih informacija mogla ozbiljno ugroziti pravo na privatnost, odnosno na zaštitu ličnih podataka, pri čemu nisu ispunjeni uslovi za primenu izuzetaka.⁴¹

U svim navedenim slučajevima, Poverenik je naglasio i da se navedeni podaci ne mogu učiniti dostupnim javnosti kao informacije od javnog značaja iz razloga što opravdan interes javnosti da zna, podrazumeva obavezu organa vlasti da iste učine dostupnim i svakom drugom potencijalnom tražiocu, medijima, odnosno javnosti generalno. Ovakva dostupnost bi, očigledno, bila u direktnoj suprotnosti sa prirodom podataka, koja je ocenjena kao naročito osetljiva.⁴²

³⁹ *Slobodan pristup informacijama*, br. 1, 90–91; Iz istih razloga, podaci o tome da li su određena fizička lica korisnici nekog oblika socijalne pomoći i usluga narodne kuhinje ne mogu biti dostupne opštoj javnosti kao informacije od javnog značaja. Slučaj: 07-00-02894/2014-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 4, 70.

⁴⁰ Slučaj: 07-00-00264/2010-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 2, 76–77.

⁴¹ Slučaj: 07-00-02818/2013-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 73–74.

⁴² U nekoliko slučajeva, Poverenik je naglasio da se pristup podacima o preminuloj osobi i obdukcijom nalazu mogu ostvariti kako na osnovu Zakona o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, tako i na osnovu Zakona o zaštiti podataka o ličnosti, ali samo uz izričitu saglasnost, odnosno pristanak naslednika umrle osobe. Međutim, posledice ostvarivanja ovog prava po

ZAŠTITA I DEPERSONALIZOVANJE PODATAKA

U svojim izveštajima i konkretnim predmetima Poverenik uvek naglašava da dostupnost informacija od javnog značaja ne sme da se pretvori u prekomernu obradu podataka o ličnosti, odnosno u narušavanje privatnosti konkretnih lica. Drugim rečima, uvek se mora poštovati načelo srazmernosti, koje je propisano kako Zakonom o informacijama od javnog značaja,⁴³ tako i Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti.⁴⁴ To podrazumeva da, kad god je to moguće, treba izdvojiti informaciju koja se stavlja na uvid javnosti, tj. omogućiti delimičan pristup dokumentu, dok je ostale podatke u dokumentu neophodno zaštititi, odnosno učiniti nedostupnim.⁴⁵ Tu se prvenstveno misli na podatke kojima bi se mogla povrediti privatnost lica u većoj meri od one koja je neophodna da bi se ostvarilo pravo javnosti da zna.⁴⁶ U ovakve podatke koji se, po pravilu, neće staviti na uvid javnosti, spadaju adresni podaci, JMBG, broj lične karte, broj privatnog telefona, privatni imejl, nacionalnost, socijalni status, broj bankovnog računa, odbici od zarade na osnovu alimentacije, kredita i sl.

Takođe, Poverenik je istakao da statistički i anonimizovani (depersonalizovani) podaci ne predstavljaju podatke o ličnosti, tako da njihovo saopštavanje javnosti, kao vid obrade podataka, nije u suprotnosti sa zakonom.⁴⁷

Tako je u slučaju 011-00-00320/2014-02 sud zatražio od Poverenika da uzme načelan stav u pogledu obima zaštite podataka o ličnosti u dokumentima koji se stavljaju na uvid javnosti, shodno Zakonu o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja, posebno u presudama suda. Poverenik je naglasio da se odluka suda o tome da li imena učesnika sudskog postupka treba učiniti dostupnim javnosti treba da bude zasnovana na testu javnog interesa. Tako službena lica (npr. sudije, tužioci, advokati, veštaci) uživaju manji stepen zaštite privatnosti u odnosu na ostala lica i njihova imena treba da budu dostupna javnosti, budući da se radi o informacijama koje se tiču vršenja javnih funkcija. Kada su u pitanju imena osuđenih lica, prilikom sprovođenja testa javnog interesa mora se uze-

različitim zakonima su bitno drugačije. Ostvarivanje prava na osnovu prvog zakona bi značilo dostupnost navedenih informacija i svim drugim potencijalnim tražiocima. Sa druge strane, ukoliko bi naslednici pomenute informacije tražili na osnovu drugog navedenog zakona one bi bile dostupne samo njima, a ne i široj javnosti. Videti slučajeve: 07-00-02058/2010-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 1, 92–95; 011-00-252 /2009–03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 2, 72–73; 011-00-00911/2013-03, *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 69 – 71.

⁴³ Čl. 8. st. 2. Zakona o informacijama od javnog značaja.

⁴⁴ Čl. 8. st. 1. tač. 6. i 7. Zakona o zaštiti podataka o ličnosti.

⁴⁵ Videti: čl. 12. Zakona o informacijama od javnog značaja.

⁴⁶ Videti: *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 108.

⁴⁷ Videti slučaj: 011-00-00629/2013-02, *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 80 - 81.

ti u obzir da li je on svojim ponašanjem doprineo objavljivanju informacije, da li se radi o ličnosti od interesa za javnost, odnosno da li se radi o krivičnim delima čije izvršenje izaziva veliku društvenu opasnost i sl. Takođe, ukoliko ne postoji interes javnosti da se imena učesnika u postupku objavljuju, kao npr. imena stranaka u parničnom postupku, sud je obavezan da, pre nego što presudu učini dostupnom javnosti, zaštititi njihova imena, odnosno depersonalizuje presudu. Poverenik je istakao da i pored navedenih smernica sud mora u svakom pojedinačnom slučaju procenjivati koje podatke će zaštititi u presudama kada ih stavlja na uvid javnosti.⁴⁸

U slučaju 011-00-00379/2014-02 iz ministarstva su zatražena uputstva za postupanje u pogledu objavljivanja informacija koje sadrže podatke o ličnosti na veb sajtu organa. Poverenik je istakao da sve informacije koje moraju biti objavljene u Informatoru o radu državnog organa mogu nesmetano biti objavljene i na internet prezentaciji organa. Naravno, pored navedenog minimuma, organ bi trebalo samoinicijativno da objavi što veći broj informacija koje se odnose na njegov rad. Tako je naglašeno da ukoliko se informacije odnose na funkciju i posao koji zaposleni u organu obavljaju (npr. imena i prezimena, radna mesta, službeni brojevi telefona, službene imejl adrese i sl.), onda takve informacije imaju karakter informacija od javnog značaja i treba da budu dostupne javnosti. Međutim, kad je reč o drugim fizičkim licima (npr. učesnicima u postupku koji se vodi pred organom vlasti), podaci o ličnosti u načelu mogu biti objavljeni samo ukoliko za to postoji odgovarajući pravni osnov, odnosno ukoliko postoji saglasnost lica čiji se podaci obrađuju. U suprotnom, neophodno je da dokumenti budu depersonalizovani, odnosno da se izvrši anonimizacija podataka pre njihovog objavljivanja na veb prezentaciji.⁴⁹ Naravno, navedena anonimizacija neće uticati na odluku Poverenika po zahtevu za slobodan pristup informacijama od javnog značaja, koja se donosi za konkretan slučaj u zavisnosti od rezultata testa javnog interesa.⁵⁰

Konačno, Povereniku je postavljeno i pitanje da li se na internet prezentaciji grada može objaviti organizaciona šema organa i podaci o svakom zaposlenom. Poverenik je zauzeo načelan stav da objavljivanje podataka o organizacionoj strukturi predstavlja obavezu organa vlasti, kao i da podaci o ličnosti zaposlenih koji su od značaja za obavljanje njihove funkcije i poslova treba da budu dostupni javnosti. Takođe je naglašeno da organ treba samoinicijativno da objavi što više

⁴⁸ *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 83–85.

⁴⁹ Poverenik je naglasio i da bi bilo poželjno da organ vlasti svojim aktom uredi pitanja anonimizacije, a kao model za takav dokument može da posluži Pravilnik o anonimizaciji podataka o ličnosti koji je doneo Poverenik i koji je dostupan na sledećoj adresi: <http://www.poverenik.rs/yu/o-nama/-akti-o-radu-sluzbe-/aktuelni-akti/1706-pravilnik-o-anonimizaciji-podataka-o-licnosti.html> (30. 9. 2016).

⁵⁰ Videti opširno: *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 106–108.

informacija o trošenju budžetskih sredstava, s obzirom na pojačan interes javosti da zna kako se raspolaže javnim novcem (uključujući i podatke o zaradama zaposlenih). Naravno i ovde je neophodno voditi računa o načelu srazmernosti, i zaštititi one podatke o ličnosti zaposlenih koje ne predstavljaju informacije od javnog značaja (adresni podaci, JMBG i sl).⁵¹

ZAKLJUČAK

Pravo javnosti da zna nije apsolutno pravo jer podleže određenim ograničenjima, među kojima poseban značaj ima pravo na privatnost. Međutim, i pravo na privatnost može imati svoje izuzetke, kada će se određena informacija ipak staviti na uvid javnosti. To znači da samo postojanje izuzetaka ne dovodi automatski do ograničenja prava javnosti da zna, već je to stvar procene postupajućeg organa javne vlasti u svakom konkretnom slučaju. On je dužan da primenom tzv. testa javnog interesa oceni pretežnost interesa u konkretnom slučaju, odnosno da odluči li prednost treba dati pravu javnosti da zna ili zaštitu privatnosti. Tako, organ vlasti neće tražiocu omogućiti ostvarivanje prava na pristup informacijama od javnog značaja ako bi time povredio pravo na privatnost, osim ukoliko je lice na to pristalo, ako se radi o ličnosti, pojavi ili događaju od interesa za javnost, a naročito ako se radi o nosiocu državne i političke funkcije i ako se radi o licu koje je svojim ponašanjem dalo povoda za traženje informacije.

Od nabrojanih izuzetaka u odnosu na zaštitu prava na privatnost dosadašnja praksa Poverenika pokazuje da su najčešće dve grupe informacija, one koje se tiču ličnosti, pojava ili događaja od interesa za javnost, odnosno one koje se odnose na vršenje državne ili političke funkcije. Pri tome, lica koja vrše državne i političke funkcije moraju imati veći stepen tolerancije u pogledu zaštite svoje privatnosti u odnosu na ostale građane. Naravno, nije svaki podatak o ličnosti dostupan javnosti samim tim što se odnosi na osobu koja vrši državnu ili političku funkciju, već je neophodno da je informacija važna s obzirom na funkciju koju to lice vrši.

Takođe, u radu su analizirane dve grupe informacija čiji karakter u velikoj meri opredeljuje odlučivanje Poverenika o njihovoj dostupnosti. U pogledu informacija koje se tiču raspolaganja budžetskim sredstvima postoji naročito opravdan interes javnosti da zna kako se njima raspolaže, tako da je Poverenik, po pravilu, poništavao rešenja kojima je odbijan pristup ovakvim informacijama od strane državnih organa. S druge strane, kada su u pitanju bili naročito osetljivi podaci, Poverenik je, po pravilu, potvrđivao odluke organa kojima je uskraćivan pristup ovakvim informacijama. Naime, njihova dostupnost kao informacija od javnog značaja, po-

⁵¹ Slučaj: 011-00-00620/2014-02, *Slobodan pristup informacijama*, br. 3, 109–111.

drazumevala bi obavezu organa vlasti da ih učini dostupnim i svakom drugom potencijalnom tražiocu, što bi bilo u suprotnosti sa prirodom ovih podataka.

Poverenik je u svom dosadašnjem radu posebno naglašavao značaj načela srazmernosti, koje je propisano kako Zakonom o informacijama od javnog značaja, tako i Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti. Ono podrazumeva da, kad god je to moguće, treba izdvojiti informaciju koja se stavlja na uvid javnosti, tj. omogućiti delimičan pristup dokumentu, dok je ostale podatke neophodno zaštititi (učiniti nedostupnim) ili depersonalizovati.

Poverenik je u svojoj dosadašnjoj praksi jasno ukazao da nijedno od navedenih prava nema veću vrednost i prednost u odnosu na drugo pravo i da se pre odluke o dostupnosti, odnosno uskraćivanju određenih informacija, moraju pažljivo uzeti u obzir i analizirati sve okolnosti konkretnog slučaja. Samo na taj način je moguće naći pravi balans između prava javnosti da zna i prava na privatnost, posebno u sve češćim situacijama njihove međusobne kolizije.

MARKO DAVINIĆ, LL.D.,
Associate Professor, Faculty of Law,
University of Belgrade

COLLISION BETWEEN THE PUBLIC'S RIGHT TO KNOW AND THE RIGHT TO PRIVACY

Summary

The paper deals with the conflict between the public's right to know and the right to privacy, namely with the collision between the right to free access to information of public importance and the right to personal data protection as their most important aspects. The author emphasizes that problem occurs in practice in situations when information of public interest also represents personal data. In that case, the question arises what right should be given preference and on the basis of which criteria is determined the predominance of the interests involved? The Commissioner for Information of Public Importance and Personal Data Protection has emphasized in his reports that none of the aforementioned rights has advantage over the other right, and that all circumstances of a case must be carefully considered and analyzed, before the decision on the availability or protection of certain information is taken. Only in that way, it is possible to find the right balance between the public's right to know and the right to privacy, especially in increasingly frequent situations of their mutual collision.

ZEHRA ODYAKMAZ,
BAYRAM KESKİN

HUMAN RIGHTS AND EQUALITY INSTITUTIONS AS A SOCIAL IMPERATIVE

– The Issues To Be Considered By The States With No Institution
In Preparation Of The Related Law –

INTRODUCTION¹

Today almost all States wish to be recognised as a State under rule of law, they have been putting into practise regulations which take respect human rights and human dignity as basis. Human rights are immune, untransferable and inalienable rights, as regards to human characteristics.² “Human rights” both has a

Prof. Dr. Zehra Odyakmaz, Professor of Administrative Law.

Assoc. Prof. Dr. Bayram Keskin, Ministry of Environment and Urban Planning, 1. Legal Advisor. Abbreviations: ama. above mentined article, abw. above mentioned work, art. article, No: Number, p. page, V. Volume, Y. Year.

¹ *Homo sum: humani nihil a me alienum puto. I am a human. I cannot be indifferent to anything related to human. Terentius (Roman Poet, B.C. 190-159).* Kapani, Münci: International Aspects of Human Rights, Renewed Second Edition, İstanbul April 1991, transferred from p. 5, (198 pages), Bilgi Yayınları, Bilgi Dizisi:46. Abbreviations: ama. above mentined article, abw. above mentioned work, art. article, No: Number, p. page, V. Volume, Y. Year.

² For detailed information on “human rights”, see. Türk, Hikmet Sami: Human Rights in Turkey and in the World, Ankara December 1998, VIII+303 pages, İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu Yayınları No:5; Çeçen, Anıl: Human Rights Directory, Ankara 1999, 844 pages, Bilim Yayınları:74; Çeçen, Anıl: Human Rights (İnsan Hakları), Second Edition, [no place and year of publication], 251 pages, Gündoğan Yayınları; MUMCU, Ahmet: Human Rights and Public Liberti-

multi-dimensional structure conceptually and also rich in meaning and content. Almost every subject has an aspect related to human rights and could be linked with human rights. The basics of human rights go back to the very old times but shaping them as a concept started in 18th century. If we are to remember the important documents on human rights within the historical progress we may name them as follows; the Magna Carta Libertatum signed in 1215 in England between the King and the Feudal Seigniors, the Habeas Corpus Act in 1276 during the reign of King Charles II, 1628 Petition of Rights, 1689 Bill of Rights, 1776 Virginia Declaration of Rights (American Declaration of Independence), 1789 French Declaration of the Rights of Man and of the Citizen, the Universal Declaration of Human Rights proclaimed by the United Nations on 10th December 1948, The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed on 4th November 1950 and came into force on 3rd September 1953.³

“Human dignity” is defined as self esteem, praise, honour, grace, virtue, solemnity, pride, self respect and making others have respect for him/her.⁴ Dignity in terms of individual is the expectation of a certain behaviour which one deems himself/herself suitable of. As a dignified being, beside basic needs, human crowns his/her attitude in life with concepts such as honour, dignity and grace. The immemorial reality of human can turn into possibility only by protection of

es, First Edition, Ankara October 1992, XXXII+315 pages, Savaş Yayınları; Ergül, Ergin: “Human Rights From Rumi Perspective”, Adalet Dergisi, Y: 2015, No: 51; Kapani, Münci: amw.; Tezcan, Durmuş-Mustafa Erdem-Oğuz Sancakdar: Turkey’s Human Rights Issue in The Light of the European Convention on Human Rights, Revised 2. Edition, Ankara February 2004, 672 pages, Seçkin Yayıncılık; Sunay, Reyhan: Human Rights in The Line of Law and Politics, [no place of publication] March 2013, 248 pages, Çizgi Kitabevi Yayınları:410, Bilim Toplum Siyaset; Donnelly, Jack: Universal Human Rights in Theory and in Practise (translated to Turkish by: Mustafa Erdoğan-Levent Korkut), Ankara [no year of publication], 332 pages, Yetkin Yayınları; AKAL, Cemal Baki-Ozan Erözden-Olgun Akbulut-Emre Zeybekoğlu: Historical Development of Human Rights, First Edition, [no place of publication], April 2003, 80 pages, Foundation of Social Participation and Development (with the support of the European Union).

³ The reflection of human rights philosophy to Turkey falls on the 19th century. The first document is the Charter of Alliance of 1808, second one is the Rescript of Gülhane of 1839, third one is the Edict of Reform of 1856. We may also name the 1876 Constitution (1293 The Ottoman Basic Law). Meanwhile, the declaration released in 1911 by Sultan Mehmet Reşat of Ottoman Empire in regards to the army, or rather to the rank for rules and customs of war, is a perfect human rights declaration. For this document, see. “Declaration on Special Laws and War Customs for Soldiers”. See. Odyakmaz, Zehra: “National Unity, Secularism and Universalized Kemalism (Millî Birlik, Lâiklik ve Evrenselleşen Atatürkçülük)”, p. 61-105, T.R.General Staff, Ankara, Conferences on Kemalism-I, Ankara 2003, VII+290 pages, Genelkurmay Askerî Tarih ve Stratejik Etüd Başkanlığı Yayınları.

⁴ For detailed information, see. Seymen Çakar, Ayşen: “Human Dignity As a Legal Concept”, Youth of Law Symposium 3, 11-12 October 2012, An Organisation of Akdeniz University Faculty of Law and Antalya Bar Association, Antalya.

law. In a society where law is not independent and impartial, protection of human dignity is not possible⁵. However not granting equal opportunity, making discrimination are attitudes and behaviours rather further than violation of human rights. Many countries have established institutions for regulating the issues such as termination of human right violations, prevention of discrimination and grant of equal opportunity for providing equality. Some countries have given these different tasks to separate institutions while some of them have preferred to assign a single institution. In our previous studies on equality bodies, we have put forward how the regulation to provide equal opportunity and prevent discrimination should be and what it should comprise.⁶

The *subject* of this study is; to put forward some basic provisions for states which have not yet established their Institution of Human Rights and Equality that we deem necessary to be included in the preparation of the law on this Institution. When working on our study, we made use of the reports of both commissions – the Commission of Human Rights Review and the Commission of Equal Opportunity For Woman and Man – in which there are general criticisms and article criticisms that concern the draft law on The Human Rights and Equality Institution of Turkey and we also used the discussions on the general board of the Turkish Grand National Assembly. In this study, we have examined the provisions of the Law in force, the criticisms in the commissions' reports and the discussions in the general assembly of the parliament by sometimes including our own interpretations.

The *objective* of our study is; to ensure the practitioners, executives to make wide interpretations with broad perspective, for the settlement of the possible disputes that may arise at the implementation of such laws that have very significant content and mission. The point we primarily want to *emphasize* in our study is – to be explained in the conclusion - beyond establishment of institutions, the most significant element in prevention of violation of human rights is to raise awareness within the society, in other words educating people, in short it is the “human factor”. In terms of its *limits*, this study is executed in order to examine not all the provisions required in a law that regulates such an institution, but to examine the provisions necessary for meeting the objective of its establishment.

⁵ ERSOY, Nuri: The speech at the Seventh Session of Turkish Grand National Assembly dated 29 March 2016.

⁶ For detailed information, see. Odyakmaz, Zehra: “Equality Bodies”, *Pravni Zivot Casopis Za Pravnu Teoriju i Praksu, Tematski Broj, Pravo I Univerzalne Vrednosti*, Broj 12/2005, Tome IV, Godina LIV/Knjiga 496 str. 1-1224, Beograd, Udruzenje Pravnika Srbije, p. 793-803; Odyakmaz, Zehra: “Equality Bodies and Situation in Turkey (Eşitlik Kurumları ve Türkiye’de Durum)”, *Selçuk University Law Faculty Journal*, V. 16, No.1, Y.2008, p. 93-116.

I. THE LEGISLATION ARISING AS A CONSEQUENCE OF THE STUDIES
IN PREVENTION OF DISCRIMINATION FOR THE PURPOSE
OF PROVIDING PRINCIPLE OF EQUAL TREATMENT

There are many concrete examples which the institutions established for protection and improvement of human rights, protection of rights such as equal treatment of the individuals, grant of equal opportunity, non-discrimination and prevention of violations or sanctioning these violations if any, shall often come across.⁷

Among the behaviour patterns adverse to principle of equal treatment, some are included in the Council Directives of the European Union and many of them are determined by the applications of complaints submitted to equality bodies.

⁷ The main topics where principle of equal treatment is not applied, equal opportunity is not granted and discrimination is made, are: Discrimination on race and ethnical origin, discrimination on colour, religion, belief, xenophobia, anti-Semitism, discrimination against Muslims, an undesired behaviour to be degrading, degrading hostile humour, joke, making black-white discrimination, not being accepted to the syndicate as a member due to race, access to cinema, cafe, subjects in media that engrave racial hatred, refugees being evicted from their residential districts, racial violence, racism, discrimination on the ground of sexual orientation, blacklisting transsexuals, married couples being sent to different countries, free movement for married couples and couples in illicit cohabitation, excluding ethnical groups in places of amusement and public places. Being deprived of vocational education, recruitment, unequal treatment to woman and man in employment and working conditions, harassment and sexual harassment on ground of gender, non-protection of woman's biological status during and after pregnancy in terms of equal treatment, woman and children being discriminated just because they are women and children, women and men not having equal access to goods and services, property, housing, non-utilisation of immigrant women of certain ages in labour market, not serving products, goods and services to all consumers equally regardless of gender distinction, generating public opinion with advertisements for superiority of a product over others, preventing promotion of woman, a golf club that does not allow women, not preventing unfair dismissal of young mothers. Violating children rights, not granting rights to street kids, child employment, the children of those that ask for right to education and right of asylum who cannot get education while waiting for that decision, distribution of scholars and grant of loan to students. Discrimination in terms of working conditions, discrimination made between full-time and part-time employees, discrimination between employees working under temporary and permanent contract. Discrimination on ground of age, different and imprecise treatment to elder workers, a law suit against an insurance company that refused to do the necessary procedure on ground of that person's age, prevention of elder participation to labour force, non being attentive to disabled workers, not taking necessary precautions at work for meeting the needs of people with disabilities, not doing studies aimed to adaption of disabled people to workplace, non-development of education and employment of people with disabilities. Discrimination on immigrant community membership, national background, nationality, discrimination on grounds of race, religion and nationality in procedures related with asylum and deportation. Discrimination on elders and persons in need of nursing, nursing homes, prison conditions, prisoners. Odyakmaz, Zehra: "Equality Bodies", ama.; Odyakmaz, Zehra: "Equality Bodies ...", ama., s. 95-96.

A. International Legislation

1. *International treaties*⁸

Especially after the Second World War, studies on human rights in international arena intensified in line with maintaining permanent peace and many fundamental international treaties, which Turkey is also a party of, emerged. The International Act on Civil and Political Rights (1966), The Act on Economical, Social and Cultural Rights (1966), The International Act on Elimination of All Kinds of Racial Discrimination (1972), The Convention on Elimination of All Kinds of Discrimination Against Woman (1979), The Act on Rights of the Disabled (2006) and The European Convention on Human Rights (1950) prepared by the European Council, may be named primarily.

2. *Paris Principles*

In accordance with our subject of study, we should mention in full name “The Principles Relating to the Status of National Institutions (Paris Principles)” which forms an important basis for the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey. The basic principles stated at the First International Workshop on National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, held in Paris on October 7-9, 1991 are shortly named as “Paris Principles”. These principles are almost only about human rights. Beside human rights it suggests the fight with discrimination and this suggestion has enlightened United Nations. Paris Principles were adopted by the resolution 1992/54 of United Nations Human Rights Commission of 3.3.1992 and resolution 48/134 of United Nations General Assembly of 20.12.1993, and accordingly the member States were asked to establish national human rights institutions for monitoring the national practises of treaties on human rights or strengthening their current institutions. Paris Principles state the standards for the standing rules of the Bodies and Commissions to be established for the development and protection of human rights and the standards for the most efficient and effective execution. These standards are also applicable for the Equality Bodies to be established for the prevention of the discrimination. Some of these standards can be listed as follows: The autonomy of the institutions should be guaranteed by a constitutional or legislative framework, should be autonomous from the government, should be formed in a “pluralist” way by participation of non-governmental organisations, social-vocational institutions, academicians, the parliament, representatives of religious and philosophical movements and administrative representatives, should have extensive author-

⁸ International Human Rights Treaties and Turkey in European Union Process (Avrupa Birliği Sürecinde Uluslararası İnsan Hakları Sözleşmeleri ve Türkiye) (Prepared by: Zeynep Oya USAL), İstanbul August 2006, 74 pages, İktisadî Kalkınma Vakfı Yayınları No:195.

ity, sufficient financial resources should be provided. The European Commission Against Racism and Intolerance (ECRI) also refers to Paris Principles.⁹

3. Council Directives as basic texts of *The European Union Acquis*

In the general preamble of the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey, it is stated that many directives that take place in the European Union Law form basic texts of the European Union *acquis* which should be adapted to and this Law is considered within the scope of compatibility with the European Union *acquis*. As examples for these basic texts we may name; Council Directive 86/613/EEC on equal treatment between men and women engaged in an activity in a self-employed capacity, Council Directive 92/85/EEC on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding, Council Directive 96/34/EEC on the framework agreement on parental leave, Council Directive 97/81/EEC on part-time work, Council Directive 99/70/EEC on fixed term work, Council Directive 2006/54/EEC on implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), Council Directive 2000/43/EEC on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, Council Directive 2000/78/EEC on equal treatment in employment and occupation, Council Directive 2004/113/EEC on implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services.

B. The Situation in Turkey

As the Law on this subject has been put into force very recently and as we take this Law as a basis for our study, we consider it essential to examine the situation in Turkey briefly.

1. Constitutional framework

Article 2 of the Turkish Constitution headed as “Characteristics of republic” reckons respect for human rights among the features of the republic. Article

⁹ The principle headed as “Composition and guarantees of independence and pluralism” is as follows: “1. The composition of the national institution and the appointment of its members, whether by means of an election or otherwise, shall be established in accordance with a procedure which affords all necessary guarantees to ensure the pluralist representation of the social forces (of civilian society) involved in the protection and promotion of human rights, particularly by powers which will enable effective cooperation to be established with, or through the presence of, representatives of: (a) Non-governmental organizations responsible for human rights and efforts to combat racial discrimination, trade unions, concerned social and professional organizations, for example, associations of lawyers, doctors, journalists and eminent scientists; (b) Trends in philosophical or religious thought; (c) Universities and qualified experts; (d) Parliament; (e) Government departments (if these are included, their representatives should participate in the deliberations only in an advisory capacity).”

5 headed as “Fundamental aims and duties of the State” states that removal of political, economic, and social obstacles which restrict the fundamental rights and freedoms of the individual is the principal aim and duty of the State. Article 10 headed as “Equality before the law” regulates that everyone is equal before the law without distinction as to language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion and creed, or any such grounds. By the supplementary paragraphs added to this article in 2004 and 2010, it is emphasized that women and men have equal rights. The State has the obligation to ensure that this equality exists in practice. The measures to be taken accordingly should not be considered as a violation of principle of equality. Thus the State accepts the principle of “positive discrimination” and commits to ensure it. Article 14 headed as “Prohibition of abuse of fundamental rights and freedoms” ensures that no provision of this Constitution shall be interpreted in a manner that enables the State or individuals to destroy the fundamental rights and freedoms recognized by the Constitution or to stage an activity with the aim of restricting them more extensively than stated in the Constitution. In paragraph 5 of article 90 headed as “Ratification of international treaties” ensures that in the case of a conflict between international agreements, duly put into effect, concerning fundamental rights and freedoms and the laws due to differences in provisions on the same matter, the provisions of international agreements shall prevail.¹⁰

2. National Legislation and The Undergone Process

In Turkey there exist many bodies and institutions which might be effective in human rights and in practising principle of equality. However in this study we shall shortly mention the laws and institutions related with establishment of human rights institutions in Turkey.

In 2001 an amendment was made in the Law on Central Organisation of Turkish Prime Ministry and accordingly “Human Rights Presidency of Turkish Prime Ministry” was established. “Human Rights Supreme Council” has been formed in order to work on administrative and legal regulations and to make advisory jurisdictions. Within the body of each council located in city and town centres all around Turkey “Human Rights Information and Application Desk” were constituted. In November 2006, “National Committee on Human Rights Education” was founded. By the Law dated 21st June 2012, to replace the Human Rights Presidency, the Turkish Institution of Human Rights was established. In substitution for the Law on Turkish Institution on Human Rights dated 21st June 2012, the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey was put into force on 20th April 2016 and the Institution was established accordingly.

¹⁰ BİLGİN, Ahmet Burak: “The Status of the European Convention on Human Rights in Turkish Law”, T.R. Marmara University Law Faculty Journal on Surveys on Law, V. 22, No.1, Y. 2016, p. 81-129.

The first reason for establishment of a new institution is because the Institution undertakes to act as the national preventive mechanism in accordance with the Optional Protocol to the Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment. *The second reason* is; as stated in preamble of the draft, the wish to struggle more effectively against discrimination in compliance with various human rights acts which Turkey is a party to. Based on criticisms for the newly accepted Law in Turkey, both at the Commissions as a draft and criticism projected to the over-all law during discussions at the Turkish Grand National Assembly General Board, we may list the issues to be considered when preparing a draft law on human rights as follows: In preparation process, the opinions of the non-governmental organisations, human rights institutions which proved their legitimacy by their activities, associations, foundations, bars and universities should be taken. Consultation with the Commission for Human Rights Review of that State's parliament should be made. The law should be prepared with democratic and participative mentality. There should not be a convergence in the duty and authority fields of the Ombudsman Institution and of the Institution on Human Rights and Equality planned to be established. In the case that the institutions claim the same basic issues, there should not be confusion about the institutions to which the citizens shall apply in similar situations. The selection procedure for board members should not conflict with the Paris Principles, the principles of pluralism and independency should not be ignored, the Board should not be composed of people appointed by the government and the President. The Law should include provisions regarding "migrant workers". Migrant community membership, national background, discrimination on nationality, discrimination caused by the acts about refugees and deportation carried out in reference to criteria such as race, religion and nationality, take an important place among the issues which equality bodies of European countries are interested in.

The main purpose of the laws to be prepared on this topic should be to teach anti-discrimination and educating the society about this. The drafts should be set up on education of this subject. Whereas, most of the times, laws are constituted on regulation of violations and compensations in case of non-prevention of discrimination. Generally identification and elimination of discrimination is regulated in laws, but not the prevention of it. According to some, instead of constituting one institution to execute three different functions together, it is much proper to establish separate institutions. And according to some others, it is much better for three interrelated fields – protection and improvement of human rights, fight with discrimination and right to equal treatment, fight against torture and maltreatment - to be gathered under a single corporate roof by a single law. In such a law, along with concepts such as direct and indirect discrimination, mobbing, disability, violence and similar concepts should also take place. In applica-

tions, getting results at short notice should be provided. A method for “reconciliation” should be found and pecuniary punishment should be able to be given.

II. ISSUES TO BE CONSIDERED WHEN THE LAW ON THE INSTITUTION ON HUMAN RIGHTS AND EQUALITY IS UNDER PREPARATION IN A COUNTRY

A. Objective of the law

The objective of such laws is more or less; to ensure protection and improvement of human rights, to ensure assurance of individuals’ right to equal treatment, to prevent discrimination in benefiting from legally granted rights and freedoms, to fight against torture and bad treatment, to act as a national prevention mechanism. Laws are enacted for this purpose in order to regulate procedures for the establishment and organisation of an institution.

Regarding the establishment of institution of equality and institution of human rights as same or separate institutions, we think it shall be more appropriate for these two institutions to function as a single institution, as in the new Law that came into force in Turkey in April. The point to be considered in providing service is “the human factor”. The victim should not be left in hesitation about where to apply.

However hereby we should explain why functions of the Turkish Institution of Human Rights and the Ombudsman Institution should not be confused and why they should work as separate institutions.¹¹ The objective of the Law on Ombudsman Institution is to investigate all sorts of acts, actions, attitudes and behaviours of the administration concerning the public services, in the aspect of conformity with legality and equity, upon complaint. The duty of the Institution is to inspect administration’s and public services’ functioning and ensure implementation of principles of “*good administration*”. Whereas the objective of the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey is; based on human dignity, to carry out activities for protecting human rights, ensuring the right to equal treatment of persons, to state it more clearly granting them equal opportunity, preventing discrimination and effectively combating torture and ill-treatment.

When we examine these objectives, we see that the ultimate objective and duty of both the equality bodies and human rights institutions are to protect human dignity and human right, so it is more proper for them to function as a single institution.

¹¹ For detailed information, see. Odyakmaz, Zehra: “Introducing The Ombudsman Institution and Evaluation of Law 6328 on Ombudsman Institution”, Journal of Turkish Academy of Justice, Present for 10th year anniversary of Turkish Academy of Justice, “Adalet İçin Bilgi”, Y. 4, No. 14, July 2013, p. 1-85; Deniz, Yusuf: Ombudsman Institution’s Field of Mandate in Terms of Turkish Administrative Law, Konya 2014, T.C. Selçuk University Institute of Social Sciences Doctorate Thesis, VII+343 pages.

B. The definitions to appear in the law

The common view is that the definitions for following concepts are to be included to a law on this subject: Segregation, discrimination, instruction to discrimination, multiple discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, disability, mobbing, reasonable regulation, harassment, national preventive mechanism, practical work experience, discrimination on assumed ground, sexual harassment, positive discrimination, communities, associative discrimination, exclusion, deprivation, treat more favourably, reasonable accommodation, victimisation, discriminative treatment, reconciliation, equal treatment¹². Some of these concepts are defined in the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey, some of them - although not existing in the draft law and the accepted law- are defined in the commissions' reports so that these concepts could be used at discussions of the draft in the Turkish Grand National Assembly during the process for the draft to become a law. Some of them are criticised by the commissions on the ground that they do not take place in the law, but yet commissions' themselves did not give a definition in their reports. Some of the definitions included in the law were considered deficient or wrong by the commissions. Although the definitions of most of these concepts are argumentative, we shall anyhow give here definitions for some of the concepts:

1. Segregation

According to the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey: *"Segregation; is to keep the person separate in relation to one or more of the basis as mentioned in this Law and as a reason for his/her action or inaction"*.

2. Instruction to discriminate

According to the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey *"Instruction to discriminate is; the instruction to discriminate given by someone to the people he/she has authorized for acting on behalf of him/her or by a civil servant to other people."*

3. Multiple discrimination

According to the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey *"Multiple discrimination describes a situation where one ground gets compounded by more other discrimination grounds"*.

4. Direct discrimination

The definition of direct discrimination in the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey is as follows: *"Every kind of different treatment(s)*

¹² Some of these definitions do not take place in the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey, some of the defined concepts are deficit or narrowed or criticized on the ground that the definition is different than the definition accepted in international law.

that prevents or hardens a natural or legal entity to make use of legally granted rights and freedoms equally in a comparable situation based on the grounds of discrimination mentioned in this Law.” Some members of the related commissions of the Turkish parliament and Turkish Grand National Assembly General Board suggested as follows: “Direct discrimination defines every kind of different treatment to a public or private legal person or entity or group during the grant, use or benefit of the rights and freedoms, treated or having been treated or to be treated less favourably in comparable situations in grant, recognition and benefit of rights and freedoms”. As the ones who discriminate put their discriminative behaviours into action in very different ways, in their directives the European Union has developed definitions such as direct discrimination, indirect discrimination, harassment, sexual harassment and even more these definitions differ in terms of the topic of each directive.¹³

5. Indirect discrimination

Indirect discrimination is regulated in the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey as follows: “A natural or legal entity to be put into a disadvantaged position which cannot be objectively legitimated, as a consequence of any kind of act, action or practise which seems non-discriminative, in connection with the discriminative grounds as mentioned in this Law, in terms of benefiting from the legally granted rights and freedoms.”

The suggestion of some members of the commissions at the parliament was as follows: “Indirect discrimination is; as a consequence of all kinds of acts, actions and practices caused by real person and legal entity and seemingly not discriminative, in conjunction with the grounds prohibited by this Law, a real person or legal entity or group to be in a disadvantaged position that cannot be objectively justified by a legal objective in terms of benefiting from rights and freedoms. Or it is not taking into consideration or ignorance of ensuring protection for individuals or groups with different needs due to their peculiarities in the preparation

¹³ For instance, in the Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 on Implementing The Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin: “1. For the purposes of paragraph 1, direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation on grounds of racial or ethnic origin”. Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 on Establishing a General Framework For Equal Treatment in Employment and Occupation: “For the purposes of paragraph 1: (a) direct discrimination shall be taken to occur where one person is treated less favourably than another is, has been or would be treated in a comparable situation, on any of the grounds referred to in Article 1 (purpose)”. In the Directive 2006/54/EC of The European Parliament And of The Council of 5 July 2006 On The Implementation of The Principle Of Equal Opportunities And Equal Treatment of Men And Women in Matters Of Employment And Occupation (Recast), direct discrimination is: “Where one person is treated less favourably on grounds of sex than another is, has been or would be treated in a comparable situation”. ODYAKMAZ, Zehra: “Equality Bodies”, ama.; Odyakmaz, Zehra: “Equality Bodies”, ama., p. 98-99, p. 99, p. 100.

of a general procedure or regulation. For an act, action or practise to be objectively legitimized, it has to have a reasonable cause, has a legal objective and there should be proportionality between the objective and the treatment.”

To follow “as a consequence of acts and practices”, phrase of “based on language, race, colour, gender, political opinion, philosophical belief, religion, creed and similar grounds” may be added. There are different definitions in the European Union Council Directives.¹⁴

6. Disability

According to the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey: “Disabled means the individual who is affected by the attitudes and environmental conditions which limit his/her full and equal participation to the society with other individuals because of his/her loss of physical, mental, psychological or sensual abilities in multiple grades”.

7. Mobbing

According to the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey: “Mobbing is the intentional actions for the purpose of alienating, excluding, satiating the person based on the grounds of discrimination as stated in this Law”.

8. Reasonable Regulation

According to the Law on Human Rights and Equality of Turkey, reasonable regulation defines: “Moderate, necessary and proper changes and precautions that are limited by financial means, required in a certain situation for ensuring *the disabled people to make use or benefit of their rights and freedoms equally as others*”.

¹⁴ In the Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 on Implementing The Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin, “Indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of a racial or ethnic origin at a particular disadvantage compared with other persons, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary”. In the Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 on Establishing a General Framework For Equal Treatment in Employment and Occupation: “Indirect discrimination shall be taken to occur where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons having a particular religion or belief, a particular disability, a particular age, or a particular sexual orientation at a particular disadvantage compared with other persons”. In the Directive 2006/54/EC of The European Parliament And of The Council of 5 July 2006 On The Implementation of The Principle Of Equal Opportunities And Equal Treatment of Men And Women in Matters Of Employment And Occupation (Recast): “Indirect discrimination is: where an apparently neutral provision, criterion or practice would put persons of one sex at a particular disadvantage compared with persons of the other sex, unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim, and the means of achieving that aim are appropriate and necessary”. Odyakmaz, Zehra: “Equality Bodies”, ama.; Odyakmaz, Zehra: “Equality Bodies”, ama., p. 99, p. 99-100, p. 100.

Some of the commission members stated that, beside disabled people women, elders, children, etc. are also groups which should be protected specifically by positive discrimination and they all should be mentioned in the definition and suggested that the phrase of "... limited by financial means.." should be excluded from the definition. It was considered that the definition of the reasonable regulation by the phrase of "limited by financial means" might be abused by the administrations in providing equal service to disable people. The term of "persons with disabilities" may be regulated as "Persons with disabilities, women, elders, orphans and widows of the martyrs of war and duty and invalid people and war veterans". "... and places such as boarding and day educational institutions, nursing centre for elders and patients, hospitals ..." may be added to the definition.

9. Harassment

Harassment is described as follows in the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey: "Harassment is; based on the grounds mentioned in this Law including also psychological and sexual types, all kinds of behaviours carrying the purpose of violating human dignity or causing such a consequence, deterrent, defamatory, degrading or embarrassing". Some members of the commissions stated that the following addition shall be appropriate: "Harassment is ... all kinds of undesirable behaviours that generate a hostileor outrageous atmosphere or regarded as so by the individual."

At the general board of the Turkish Grand National Assembly, it is also stated that the definition of harassment is deficient and "depreciatory behaviours directed towards race, ethnical origin, religion, gender identity, sexual orientation and personal features" fall into definition of harassment. There are different definitions in the European Union Council Directives.¹⁵

¹⁵ In the Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 on Implementing The Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin: "Harassment shall be deemed to be discrimination within the meaning of paragraph 1, when an unwanted conduct related to racial or ethnic origin takes place with the purpose or effect of violating the dignity of a person and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment. In this context, the concept of harassment may be defined in accordance with the national laws and practice of the Member States". In the Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 on Establishing a General Framework For Equal Treatment in Employment and Occupation: "Harassment shall be deemed to be a form of discrimination within the meaning of paragraph 1, when unwanted conduct related to any of the grounds referred to in Article 1 takes place with the purpose or effect of violating the dignity of a person and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment. In this context, the concept of harassment may be defined in accordance with the national laws and practice of the Member States". In the Council Directive 2006/54/EC of The European Parliament And of The Council of 5 July 2006 On The Implementation of The Principle Of Equal Opportunities And Equal Treatment of Men And Women in Matters Of Employment And Occupation (Recast): "Harassment is where unwanted conduct related to the sex of a person occurs with the purpose or effect of violating the dignity of a person, and of creating an intimidat-

The factor that specifies harassment is not the “intention” but “its effect on other person”. Incommoding a person in such a manner to affect his/her efficiency, credibility and dignity is also included in the definition of harassment. Such harassment distinguish itself by examples such as; isolating the individual, excluding from projects if the harassment takes place at where he/she works, preventing him/her to use communicative and other personal rights.

10. Sexual harassment

Sexual harassment which does not take place within the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey, is described only in the Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the Implementation of The Principle of Equal Opportunities and Equal Treatment of Men and Women in Matters of Employment and Occupation (recast): “Sexual harassment is; where any form of unwanted verbal, non-verbal or physical conduct of a sexual nature occurs, with the purpose or effect of violating the dignity of a person, in particular when *creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment*”.¹⁶ In the commission reports and at the Turkish Grand National Assembly general board, it has been proposed that the sexual harassment should be described under a separate heading. Basically the subjective circumstances of the incident determine the sexual harassment. It has many open or covered types and it is generally observed in hierarchical relations or women-men relations.

Individual being subject to unwanted sexual jokes, proposals, sexually explicit visual, oral or physical action should be recognized as sexual harassment according to the commissions’ reports under following circumstances: “Actions that do not have risk of threat but that are disturbing and generating undesirable situations, such as; sniping, using sexually explicit jokes, using compliments or slang words, insistent behaviours for the purpose of flirting, disturbing by pornographic materials, asking about the person’s sexual life or gossiping, etc., the above mentioned behaviours of simple sexual harassment persisting more frequently against warnings about its disturbance, actions that are threatening and intended for controlling person’s behaviours and that are constant and liberous (such as follow-up, threaten, disturbing frequently via phone or electronic media, etc.), situations where it is uttered or implied that the person shall pay vital prices if not surrender the proposal with sexual content and shall be rewarded with unmerited acquisitions if surrenders, are defined as sexual harassment.”

ing, hostile, degrading, humiliating or offensive environment”. Odyakmaz, Zehra: “Equality Bodies”, ama.; Odyakmaz, Zehra: “Equality Bodies”, ama., p. 99, p. 100.

¹⁶ Odyakmaz, Zehra: “Equality Bodies”, ama.; Odyakmaz, Zehra: “Equality Bodies”, ama., p. 100.

11. National preventive mechanism

According to the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey: “National preventive mechanism; defines the system which is to establish a system of regular visits to places where people are deprived of their liberty in accordance with the Optional Protocol to the Convention Against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment”.

12. Practical work experience

According to the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey: “*Practical work experience defines development of knowledge, skill and working habits at the working skills, concurrent to or after training*”.

13. Discrimination on assumed ground

According to the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey: “Discrimination on assumed ground defines; discrimination against an individual in terms of benefiting from the legally granted rights and freedoms because others think they possess a particular protected characteristic even if he/she is not related with any of the discrimination grounds as stated in this Law.”

14. Positive discrimination

Positive discrimination in short, is granting opportunities to the unequal party until it becomes equal with the other party.¹⁷

15. Communities

In the commissions’ reports and at the discussions of the Turkish Grand National Assembly general board, it has been stated that the “communities” shall also be subject to discrimination and a definition for “communities” or “human groups” is necessary and this definition should take place in the Law. It has been expressed that, the possibility for discrimination against a “community” as well as an individual should be stated. It has been expressed that besides individuals, communities are also treated differently based on race, ethnical origin, religion, creed, gender, gender identity and sexual orientation.

¹⁷ See article 10 of the Constitution of Turkish Republic: “Everyone is equal before the law without distinction as to language, race, colour, sex, political opinion, philosophical belief, religion and sect, or any such grounds. (Paragraph added on May 7, 2004; Act No. 5170) Men and women have equal rights. The State has the obligation to ensure that this equality exists in practice. (Sentence added on September 12, 2010; Act No. 5982) Measures taken for this purpose shall not be interpreted as contrary to the principle of equality. (Paragraph added on September 12, 2010; Act No. 5982) Measures to be taken for children, the elderly, disabled people, widows and orphans of martyrs as well as for the invalid and veterans shall not be considered as violation of the principle of equality. No privilege shall be granted to any individual, family, group or class. State organs and administrative authorities are obliged to act in compliance with the principle of equality before the law in all their proceedings.”

16. Associative discrimination

According to the reports of the commissions, although the ground of discrimination is related with someone, it is exposing some other person - who is affiliated with that person but not related with that ground of discrimination - different treatment in terms of rights and freedoms such as principle of equality, prohibition of discrimination. This definition does not take place in the Law on Human Rights and Equality of Turkey.

17. Victimisation

According to the reports of the commissions, victimisation – which does not take place in the definition clause of the Law on Human Rights and Equality of Turkey - defines all types of negative attitudes and behaviours when people or their representatives who claim for compliance to principle of equality or make complaint or have the possibility to complain about attitudes and behaviours prohibited under this Law, or who participate or have the possibility to participate this complaint process, due to these claims and complaints.

18. Equal Treatment¹⁸

Everyone is equal in benefiting from legally granted rights and interests. Equal treatment that is not shown in the definitions is in short not applying direct or indirect discrimination in any subject. Right of individuals for equal treatment should be secured. There are different definitions in the Council Directives of the European Union.¹⁹ Such definitions should be made without going into details and as abstract as possible. Because as civilisation advances, people improve many subjects that once were not considered as human rights, are today acknowledged as the most natural human rights. As years go by the term human rights

¹⁸ Odyakmaz, Zehra: "Equality Bodies...", ama., p. 98, p. 99, p. 100.

¹⁹ Principle of equal treatment in terms of objectives of the Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 on Implementing The Principle of Equal Treatment Between Persons Irrespective of Racial or Ethnic Origin, mean there shall be no direct or indirect discrimination on grounds of race and ethnical origin. The purpose of this directive is to make a framework based on discrimination against race and ethnical origin in order to validate principle of equal treatment in member states. Principle of equal treatment in terms of objectives of the Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 on Establishing a General Framework For Equal Treatment in Employment and Occupation means discrimination on any of the grounds referred to in Article 1 shall be deemed to be discrimination within the meaning of paragraph 1. The purpose of this directive is to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, disability, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment. Principle of equal treatment in terms of objectives of the Directive 2006/54/EC of The European Parliament And of The Council of 5 July 2006 On The Implementation of The Principle Of Equal Opportunities And Equal Treatment of Men And Women in Matters Of Employment And Occupation (Recast) means, there shall be no direct or indirect discrimination especially in reference to civil status or family on grounds of sex.

have been insufficient and the concept of “human dignity” stood out. Here, discrimination has been insufficient by time and definitions for direct discrimination, indirect discrimination have been needed. The more abstract and flexible the laws are regulated the better they adapt to innovations, developments and be long-lasting, not fall behind developments, can respond to the issues the society is sensitive about, satisfy the sensibilities. So, the definitions of some concepts should be left open-ended for addition of new situations.

C. Tackling with Discrimination

With the section that regulates tackling with discrimination, primarily principle of equality, prohibition of discrimination, the public bodies and institutions that are liable for taking precautions in the case of violation of prohibition of discrimination, natural and legal persons that have responsibility and then other subjects should be regulated.

1. Principle of equality²⁰

In general terms, a provision such as “Everyone is equal in benefitting from legally granted rights and freedoms” may be inserted to Law. If required in details, it may be regulated as “Everyone is equal in benefitting from legally granted rights and freedoms. Equality between women and men and the precautions to be taken for children, elders, orphans and widows of the martyrs of war and duty and invalid people and war veterans cannot be considered as against the this principle”.

2. Prohibition of discrimination

The article that regulates “principle of equality” almost in every state’s constitution can be transferred verbatim to this law. In various constitutions this principle is expressed as “Everyone is on grounds of language, race, colour, gender, political view, philosophical belief, religion, creed and other grounds...”. This article is regulated as follows in this Law: “Within the context of this Law discrimination is prohibited where it is on grounds of gender, race, colour, language, religion, belief, religious creed, philosophical and political view, ethnicity, economic status, birth, civil status, health status, disability and age.” The terms of “religious creed”, “...and other grounds”, “ethnicity” may or may not take place. It may be criticized that lack of the term of religious creed may cause discrimination on the grounds of “religious creed”, equity may be damaged and it may also mean that this Law does not prohibit discrimination on the grounds of religious creed. Due to lack of “.. and other grounds” some people may be victims of indirect discrimination on grounds of their sexual orientation and this may contradict constitutions and international treaties. Thus, it has been expressed that gender identity and sexual orientation that takes place in international documents

²⁰ Odyakmaz, Zehra: “Equality Bodies”, ama.; Odyakmaz, Zehra: “Equality Bodies...”, ama., p. 98, p. 99, p. 100.

are ignored almost in all dissenting opinions in the commissions' reports of the parliament in Turkey and not considered among types of discrimination and emphasized that terms of "gender identity and sexual orientation" should be included. It has also been expressed that homosexuality is not a disease but a preference. Expansion for limits of prohibition of discrimination in accordance with the European Union Directives and international standards is requested. Thus, in articles of "purpose" of the Council Directives of the European Union related with our subject, when stating the fields regulated for the purpose of putting principle of equal treatment in force in member states, "sexual orientation" is also mentioned. The Committee of Ministers of the Council of Europe adopted Recommendation CM/Rec(2010)5 on 31 March 2010 to member states on measures to combat discrimination on grounds of sexual orientation or gender identity. It says: "Member states are encouraged to take measures to ensure that legal provisions in national law prohibiting or preventing discrimination also protect against discrimination on multiple grounds, including on grounds of sexual orientation or gender identity." Support of all individuals' human rights is regulated in international treaties regardless of their sexual orientation or gender identity. By force of the principle of equality of the European Convention on Human Rights, individuals with different sexual orientation and gender identity have the right to benefit from the prohibition of discrimination. We think it shall be appropriate to use the terms "...and other grounds" for inclusion of some unforeseen actions and behaviours to prohibition of discrimination.

3. Things to be executed by the public bodies and institutions, professional organizations in the characteristic of public institution, natural and legal persons, which are liable for taking precautions in violation of prohibition of discrimination

In the violation of prohibition of discrimination, things to be done by public bodies and institutions, professional organizations in the characteristic of public institution which have a duty or authority related with this subject, should be almost as follows: They should terminate the violation of prohibition of discrimination, treat the consequences of the violation, prevent the recurrence of the violation, take necessary precautions for judicial and administrative monitoring. Natural and legal persons who have responsibility in terms of prohibition of discrimination should – provided that it is within the scope of their authority - find out and eliminate discrimination and take necessary measures for ensuring equality.

4. Types of discrimination

We may list the types of discrimination that might be included in a law to be prepared on this subject as follows: Segregation, instruction to discriminate and following these instructions, multiple discrimination, single discrimination, direct discrimination, indirect discrimination, mobbing, not making reasonable

regulation, harassment, discrimination on assumed ground, victimisation, associative discrimination, exclusion, deprivation, treat more favourably, discrimination in terms of social gender equality, discrimination on grounds of sexual orientation and gender identity, discrimination on social status, discrimination on immigration and asylum status, mal-treatments exposed by individuals or their representatives who initiate or participate to administrative or judicial processes for the purpose of complying by the principle of equality or prevention of discrimination. We think it shall be appropriate to include among the types of discrimination the term of "... and other", it might cause complexities to consider it as conclusive with regard to law technique.

5. The context of prohibition of discrimination

We shall try to examine article 5²¹ of the Law on Human Rights and Equality of Turkey that regulate prohibition of discrimination, together with the commissions' and the Turkish Grand National Assembly general board's critics by including our own suggestions.

a. The context of prohibition of discrimination with regard to types of service

As seen in article 5 of the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey, in this provision, the types of services where no discrimination shall take place and the service units that should not make discrimination are listed: In our opinion it shall be more appropriate to add "... and person groups" to follow the expression of "person who wants to get information".

²¹ "The context of prohibition of discrimination. Article 5- (1) No discrimination can be made against public bodies and institutions, professional organizations in the characteristic of public institution, natural and legal persons that provide services such as education and training, judiciary, armed forces, health, transportation, communication, social security, social aid, sports, accommodation, culture, tourism and similar services, persons or group of people who are benefiting from these services with regard to the conducted activities or who have applied for benefiting or who want to get information for these services. This provision includes access to places and buildings where services are publicly available. (2) Persons and institutions that are responsible for the planning, presentation and supervision of the services stated in paragraph 1, are liable for taking into consideration the needs of groups with different disabilities and ensuring reasonable regulations. (3) When serving estates and assets publicly, public bodies and institutions, professional organizations in the characteristic of public institution, real persons, private legal entities and people authorized by them cannot discriminate people who want to acquire or hire these goods or people who want to get information about these goods, in the rental, determination of terms of rent contract, renewal or termination of rent contract, its sale or transfer process.(4) No one can be discriminated, in terms of membership, being elected to bodies, making benefit of membership opportunities, termination of membership and participating or benefiting from the activities of associations, foundations, political parties and trade bodies – exclusive of exceptions. Discrimination cannot be made against real or legal persons who want to get information about these services."

b. The context of prohibition of discrimination with regard to people included by the service

People and institutions, responsible for the design, planning, presentation and control of these services, should be liable for taking into consideration the needs of individuals and individual groups with different needs due to their specific features (such as different religious and ethnical groups, women, homosexuals, children, etc.) and the needs of groups with different disabilities and be liable for providing reasonable regulations and this should be ensured. If the differences are allocated only for the “disabled”, the regulation itself may look like indirect discrimination. Otherwise, it may be supposed that considering needs of these groups and making relevant regulations have been neglected and these groups have been ignored. Instead of “groups with disability”, it may be considered to add the term “Persons with disabilities, women, elders, orphans and widows of the martyrs of war and duty and invalid people and war veterans”. When serving estates and assets publicly, public bodies and institutions, professional organizations in the characteristic of public institution, real persons, private legal entities and people authorized by them cannot discriminate people who want to acquire or hire these goods or people who want to get information about these goods, in the rental, determination of terms of rent contract, renewal or termination of rent contract, its sale or transfer process.

No one can be discriminated, in terms of membership, being elected to bodies, making benefit of membership opportunities, termination of membership and participating or benefiting from the activities of associations, foundations, political parties and trade bodies – exclusive of exceptions. Discrimination cannot be made against real or legal persons who want to get information about these services. “... against no one, in terms of participation to public life including the right to elect and be elected...” may be added to the article.

The duties of the Human Rights and Equality Boards may be regulated so as to include all fields such as municipal services, banking, insurance and trade. During negotiations on this article in Turkish Grand National Assembly, it was asked how the difficulties that the political parties come across at times of election in the use of municipalities’ billboards shall be included to the prohibition of discrimination in this article.

c. The context of prohibition of discrimination in terms of employment and self-employment

According to the Law on Human Rights and Equality Institution of Turkey, the employer or the person who is authorized by the employer; cannot discriminate an employee, a job applicant, person in the work place for the purpose of getting practical work experience or someone who applied for this purpose, someone who wants to get informed about the workplace or the work for the purpose

of being an employee of the place or for getting practical work experience. This prohibition of discrimination contains all employment processes including being informed, application, election criteria, terms of employment, termination of employment. Such a law should name details of the employment process; vacancy announcement, vocational guidance, vocational training and access to all levels and types of retraining, promotion at profession and access to all levels of occupational hierarchy, in-service training, social interests and similar issues. As regulated in the Law on Human Rights and Equality of Turkey, the employer or person authorized by the employer should not be able to turn down job applications on the grounds of pregnancy, motherhood, child care. Thus women should be secured against difficulties that they may come across in work life.²² We believe this provision should be left open-ended, in order to expand the context of prohibition of discrimination in accordance with the European Union Council Directives and international standards, to include LGBTI people and prohibit discrimination against gender identity and sexual orientation and to add new ones to the grounds of discrimination.

The European Union gives particular importance to prevention of gender discrimination. The Framework Directive (2000/78/EC) for discrimination based on religion or belief, age, disability or sexual orientation does not include any provision on establishment of an equality body. Nevertheless, establishment of a body for equal treatment of all persons without discrimination on the grounds of sex has been set by the directive 2002/73/EC that amends 8a of Directive 76/207/EC and the latest date has been given as 5 October 2005. As seen, even there is not a European Union Council Directive for establishment of equality bodies for all fields of discrimination, the need for establishment of an equality body for preventing violation of gender discrimination has arose and enforcedly the establishment of it has been decided.²³

All kinds of labour and transaction contracts that are not included in the Labour Law of that State may be taken within this article. By the related article of the Law on Human Rights and Equality of Turkey, non-discrimination on acceptance to self-employment, licence, registration, discipline and similar issues, are regulated. Employment in public bodies and institutions should be within the context of this article. In the article of prohibition of discrimination, the para-

²² Odyakmaz, Zehra: "The Status of Turkish Woman in Terms of the Convention on Elimination of All Kinds of Discrimination Against Woman (CEDAW) (*Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) Açısından Türk Kadınının Durumu*)", *İşveren*, April-May 2005, No. 7-8, V. 43.

²³ Odyakmaz, Zehra: "Equality Bodies", *ama.*; Odyakmaz, Zehra: "Equality Bodies...", *ama.*, p. 102. BAINES, Beverley: "Equality of Woman and Man in Constitution: Canadian Perspective (*Anayasada Kadın Erkek Eşitliği: Kanada Tecrübesi*)", (Translated by: Fatih Öztürk), p. 1-13, *Küresel Bakış Translation Law Journal*, Published quarterly, Y. 3, No. 10, July 2013.

graph of “The employer can not treat the part-time employee different than the full-time ones” should take place. This article, which ensures prohibition of discrimination in employment both at public bodies, institutions and at private sector and also at all processes related with employment, has great importance especially for “women” and “part-time/temporary employees”. When signatory states of the Convention on Elimination of All Kinds of Discrimination Against Woman is considered, the importance of regulation about women shall be more clearly understood²⁴. When temporary employees are of concern, discrimination against part-time employees is really a frequently encountered situation. It can also be observed in the European Union countries.

6. Situations where discrimination cannot be claimed

a. Situations where discrimination cannot be claimed in employment and self-employment

Such a regulation can be made as “In the fields of employment and self-employment, discrimination cannot be claimed for expedient and proportional different treatments in case of presence of compulsory professional necessities”. It may be thought that this expression is indistinct, open-ended, dangerous and contrary to the spirit of such a law.

b. Situations that require employment of a particular gender

If it is ensured that, discrimination cannot be claimed in cases which make the employment of a particular gender compulsory, it may be criticised that “*employment of a particular gender..*” contradicts the provision of ILO’s Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation (no.111).

In our opinion, taking into consideration the examples where men work as nurses, women as bus drivers, and the needs for programs to increase equality policies and awareness, the expression of “*Situations that require employment of only a significant gender*” is against the principle of positive discrimination that take place in many countries’ constitutions.

c. Different treatment on the ground of age in work acceptance and employment process

It may be ensured that, discrimination on the ground of age cannot be claimed for different treatment in both acceptance and employment process, owing to the fact that age limit is set due to difficulties of the work and also with the requirement that it has to be proportional with the purpose.

d. Special measures for children or people who have to be kept in a private place

We think an exceptional provision shall be appropriate for children and for people who have to be kept in a particular place.

²⁴ Odyakmaz, Zehra: “The Status of Turkish Woman...”, ama.

e. In an institution of a particular religion, employment of people of that religion

In a religious institution, to give religious service, education and training only people of that religion may be employed. It may be expressed that a regulation for a claim of discrimination cannot be alleged hereby is against letter and spirit of the law. It may also be spoken that people who give religious service in an institution do not have to be members of that religion and this exception itself is the discrimination. The principle of proportionality should not be disregarded between the purpose favoured in the provision saying “*In a body of a religion.... employment of only people of that religion*” and the regulation to be made. We believe the proviso of “For every religion and belief, employment in that field cannot be against the features of that religion and belief” shall be more appropriate.

D. Organisation of Human Rights and Equality Institutions

1. Human Rights and Equality Institutions

a. Status of Human Rights and Equality Institutions

The institution to be established should be independent, with administrative and financial autonomy, private budget and possessing public entity. Moreover, it should be taken into consideration that one of the principles of Paris Principles that is relating to status of national institutions to be established for improvement and protection of human rights, is that the institution should be “government independent”. Therefore, the institution’s affiliation²⁵ with the prime ministry, parliament or another state unit may be conceived to be more appropriate. If we are to evaluate the place of the institution within countries’ law system in organic (structural) terms, the institution may be accepted as one of the independent organs that execute administration’s non-judicial supervision.

b. Formation of Human Rights and Equality Institutions

The institution may be formed of a board and presidency. The board is the decision organ of the institution. The presidency consists of the president, vice-presidents, service units and working groups. The presidency applies the board decisions.

c. Duties of Human Rights and Equality Institutions

The duties of Human Rights and Equality Institutions may be as follows:

²⁵ For more information on “affiliated institution” see. Odyakmaz, Zehra-Ümit Kaymak-İsmail Ercan: Administrative Law (İdare Hukuku), Prepared in accordance with the latest upto-date legislation, Updated 16. Edition, İstanbul May 2015, p. 270-272, (XXII+467 pages), XII Levha Yayınları, Publication No: 498.

aa. To carry out studies for protection²⁶, development of human rights, prevention of discrimination and elimination of violations.

bb. To improve public awareness about human rights and fight against discrimination by informative and educative means also via mass communication.

cc. To contribute to the preparation of sections in course books related with human rights and prohibition of discrimination in national education curriculum. The Institution should not be limited with contributing to preparation of lessons related with human rights and probation of discrimination in national education curriculum. It should revise the whole curriculum with regards to equality and human rights, remove the expressions that are contradictory to equality. We also believe that such an institution's duty related with curriculum should be interpreted as broad as possible and execute them effectively in all levels of education.²⁷

dd. To determine principles of pre-vocational, vocational human rights and equality education programs of public bodies and institutions and contribute to execution of these programs.

ee. To monitor and evaluate legislative studies within its area of mandate, submit related opinions and suggestions to concerned authorities.

ff. To research, investigate, conclude human rights violations and follow up the results.

Hereby, where violation of human right is in question, it may be discussed what the right thing to do shall be; the institution to act only ex-officio, the institution to act only upon the application of the victim, or the institution to be authorized for examination both ex-officio and upon application. According to some remarks, ex-officio research is inaccurate; it is appropriate for the institution to act only upon the application of the victim. Human Rights and Equality Institution of Turkey is equipped with the authorization to ex-officio examination of human rights violations, ex-officio examination within the framework of national preventive mechanism, both ex-officio and individual application on discrimination. In spite of this, not being able to make individual application about human rights has been criticized. Even though the Institution being able to execute some of its duties ex-officio shall be an ideal regulation, this brings forward the concern that the Law shall not be able to meet the expectations during the times of its initial entry into force.²⁸ We think, grant of authorization for ex-officio examination

²⁶ Toprakkaya, Arslan-Allı Yeşilyurt: "Administrative Application Methods in Human Rights Violations", *Melikşah Law Journal*, V. 4, No. 1, June 2015, p. 143-189.

²⁷ Karaman Kepenekçi, Yasemin: *Human Rights Education*, Ankara February 2000, [10]+191 pages, Anı Yayıncılık.

²⁸ When the Law on Ombudsman Institution was under preparation, we also included ex-officio inquiry in our initial drafts. But following the discussions with other countries' ombudsmen, we were concerned that we shall not be able to determine the number of applications the Ombuds-

shall be much more appropriate after the institutions get experienced, issues such as annual number of applications, number of experts employed and their performances are clarified, that is a few years later.

gg. To examine and conclude violations in prohibition of discrimination ex-officio or upon application. As is seen, distinct from the regulation of human rights violation, in prohibition of discrimination the Institution may both act ex-officio and also upon application.

hh. To guide the ones who apply to the institution on the ground that they have suffered due to violations of prohibition of discrimination for administrative and legal procedures they may use and to assist them follow up their applications.

ii. To fight with torture and mal treatment and to carry out studies accordingly.²⁹

jj. To act as a national preventive mechanism.³⁰

We may explain what national preventive mechanism mean shortly as follows: "Optional Protocol to the Convention against Torture and other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment was adopted on 18 December 2002 at the fifty-seventh session of the General Assembly of the United Nations by resolution A/RES/57/199 and entered into force on 22 June 2006. The objective of the Protocol is to establish a system of regular visits undertaken by independent international and national bodies to places where people are deprived of their liberty, in order to prevent torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. While the Protocol establishes a "Subcommittee on Prevention of Torture" within the United Nations system, on the other hand it puts the state parties under obligation to establish, promote or conserve, at the latest one year after the ratification of the Protocol, one or several national organs named as "National Preventive Mechanisms (NPM)" for the prevention of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. The Protocol provides, not a system to activate after the violation, but a preventive and deter-

man shall meet in the beginning stages of its duty and therefore the Institution might miss more important recent incidents that it should inquire ex-officio and may fail to meet the public expectation. So, we desisted from including "ex-officio" inquiry into the Law.

²⁹ Gemalmaz, Mehmet Semih: An Analysis of The European Convention on Human Rights on the Verge of Supranational Human Rights (Article 3/Prohibition of Torture), Judicial Standards Within the Framework of the European Convention on Human Rights (Article 3), The Judicial Decisions of the European Convention on Human Rights (Article 3) [Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Eşiğinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3) Çerçevesinde İçtihadî Standartlar, Türkiye Davalarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3) içtihatları], Ankara 2006, 1. Edition, LXIII+926 pages, Publications of Ankara Bar Association.

³⁰ For detailed information, see. International Conference for National Human Rights Institutions on Best Practices and Lessons Learnt, İstanbul 12-13 June 2015, 183 pages, Human Rights Institution of Turkey.

rent approach via visits. On the other hand, what is aimed by the Protocol is further than to supervise/control but to support the state parties for better struggle against torture and degrading treatment, to carry out activities based on cooperation and dialogue among states.³¹

The Institution is responsible for regularly examining the treatment of people deprived of their liberty with a view to strengthening the protection of these persons against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. By taking into consideration the related norms of the United Nations, it is responsible for making recommendations to relevant authorities for improvement of treatment and conditions of people deprived of their liberty and prevention of torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. It is in charge of and authorized for submitting its proposals and observations related to the existing or draft legislation. There are some responsibilities burdened to state parties for the National Preventive Mechanism to fulfil their mandate. These liabilities may be summarized as; access to all places of detention; access to all required information; the liberty to choose the places they want to visit and the persons they want to interview, the opportunity to have interviews with the relevant persons, the right to have contacts with the Subcommittee on Prevention and to meet with it. By the Protocol it has been stated that the visits shall be to any place under its jurisdiction and control of the state where persons are or may be deprived of their liberty, either by virtue of an order given by a public authority or at its instigation or with its consent or acquiescence. Within this framework, acting as the NPM the Human Rights and Equality Institution of Turkey has the authority to arrange visits to and examine many places of detention such as penal institutions, detention rooms, youth hostels, rehabilitation centres, refugee camps, psychiatric clinics, relevant departments of hospitals, detention points in the airports and border crossing points and repatriation centres. The Institution shall act *ex-officio* or upon application, examine the detention conditions and treatment people are subject to through informed or uninformed visits to places of detention, prepare reports for the visits and publish these reports on official web site of the Institution and share them with public bodies and institutions and non-governmental organisations.”³²

kk. To examine, search, conclude and follow up the outcome of applications - under national preventive mechanism - of people who are deprived of their liberty or protected.

ll. To pay informed or uninformed visits to places where those deprived of their liberties or those under protection are held; to deliver the reports related to

³¹ Turkey signed the Optional Protocol of the Convention against Torture (OPCAT) on 14 September 2005, endorsed its ratification by Law 6167 dated 23 February 2011.

³² <http://www.tihk.gov.tr/tr/UOM/Ulusal-%C3%96nleme-Mekanizmas%C4%B1>, (12.05.2016).

such visits to relevant bodies and institutions, and to disclose them to the public when considered necessary by the board; to examine and evaluate the reports regarding visits made to such places by boards, committees that monitor prisons and detention houses, provincial and district human rights boards and other relevant individuals, bodies and institutions.³³ “To keep open to auditing of independent institutions working on human rights” expression might be added to this regulation. This provision, that shall regulate visitors and visits to places where those deprived of their liberties or those under protection are held, may be regulated so as to ensure penal institutions and prisons to be open to non-governmental organisations and political parties so that non-governmental organisations could be a part of institutions.

mm. To prepare “annual report” related to its own field of duty and submit it to Presidency, speakership of parliament and prime ministry. Why a public entity with administrative and financial autonomy should have to submit annual report to the President may be a matter of discussion. It may be stated that submission of the report to the presidency does not comprise with the parliamentary system. For the institution to succeed it should hand out its reports to as many people, bodies and institutions as it can. We think its submission to the president is appropriate.

nn. Along with regular annual report, to prepare private reports for the purpose of informing the public. Also, annual and private reports should be published in the Official Gazette of that State, for the mechanism of disclosure to proceed just like in the Ombudsman Institution.³⁴

oo. To follow and evaluate international developments in human rights and international struggle, to cooperate with international institutions in this field.

pp. To cooperate with public bodies and institutions, non-governmental organisations, professional organisations and universities which carry out activities on protection of human rights and struggle with discrimination.

rr. To support other institutions’ activities oriented to prevention of discrimination.

³³ For detailed information, see. As Part of International Standards, The Workshop on The Condition of Retention and Protection Centres in Turkey, Ankara 9.12.2015, Ankara February 2016, 136 pages, Human Rights Institution of Turkey.

³⁴ *Law No. 6328 On The Ombudsman Institution Reports. ARTICLE 22* – “(1) The Institution shall prepare a report about its activities and recommendations at the end of every calendar year and submit it to the Commission. The Commission shall discuss this report within two months excluding holidays and intermission and summarize it and prepare another report by including its own views and convictions and send it to the Speaker’s Office for submittal to the General Assembly. The Commission’s report shall be urgently discussed by the General Assembly. (2) The Institution’s annual report shall be made public upon the publication in the Official Journal. (3) The Institution may make public statements as it deems necessary without waiting for the annual report.”

ss. To monitor practise of international human rights treaties, conventions, contracts that State is a party of.

tt. To make routine controls to avoid immigrants, refugees and asylum seekers in that country to be subject to discrimination, racism, alienation and abuse, to keep reports and inform state agencies, democratic institutions and political parties represented at the parliament. We believe such a provision is necessary and even mandatory, taking into consideration that “refugee, assylumseeker...”³⁵ is one of the up-to-date agenda of many countries.

uu. To inform periodically the Human Rights, Equality or Woman-Man Equal Opportunity Commissions of that state’s parliament.

2.Human Rights and Equality Boards

a.Status of Human Rights and Equality Boards

The Board is the decision-making body of the Institution. It independently fulfils its duties and mandates of responsibility. Regarding the subjects that fall into its remit, no organ, authority or person can give orders or instructions, make recommendations or suggestions to the Board. Hereby especially the issue of “independency” is important in terms of Paris Principles.

b. Formation of Human Rights and Equality Boards

By whom the Board members shall be elected should again be compatible with the Paris Principles. Selection of Board “members” by the President or by the Council of Ministers or by both of them in a certain ratio may be a matter of criticism. The members may be selected among academicians who are working in the area of human rights³⁶, non-governmental organisations³⁷ who are working in the area of struggle with human rights and race discrimination, unions, social and professional organizations, lawyers, doctors, members of media and press or among the candidates they recommend. The members can be selected by participation of representatives of religious and philosophical movements and the parliament, among field experts or the candidates recommended by them or ones who personally apply for membership. Selection of all members by executive power contradicts the Paris Principles. If a regulation is not made for representation of people from different beliefs who belong to disadvantaged part of the society and who are most likely to suffer violation of right, people with disabili-

³⁵ For information, see. Altinişik, Çiğdem-Mehmet Şahin Yildirim: Protection of Refugee Rights, [no place of publication], January 2002, xiii+393 pages, Publications of Ankara Bar Association.

³⁶ Derdiman, Ramazan Cengiz: General Principles of Administrative Judiciary, Updated According to Recent Amendments Revised 3. Edition, Bursa 2014, p. 13, Aktüel Yayınları.

³⁷ Sunay, Reyhan: “Opportunities and Limits of Civil Society in Protection of Human Rights”, Rumi (Mevlâna) University Law Faculty Journal “Gönülden Eğitim”, V. 1, No. 1, Y. 2013, p. 63-94.

ty and women, at the Board as a member, formation of the Board may be justifiably criticised. Formation at least half of the board members by women members, having quota for woman may be suggested. Due to independency of these institutions, it may be suggested that they need to be regulated so as to be dependent upon not to the executive power but to the parliament. The Paris Principles are in the nature of persuasive recommendations. However countries take these principles into consideration politically and ethically in order to provide their institutions guarantee for independence and power. As another suggestion it may be considered to establish an Equality and Anti-Discrimination Commission within the body of parliaments. These commissions may select candidates among judges, academicians and send them to the general assembly of the parliament. Even if the above examples of regulation meet the term of “pluralism”, how it shall be practised should clearly be stated in the law. The number of members to be selected from the candidates suggested by the named institutions, the number of members to be selected among the individually applied candidates should be expressed in details. Shall there be a “ratio” here, or shall the board, the Council of Ministers or a commission evaluate candidate from both groups regardless of a ratio or quota, just by considering their personal qualifications?

c. Qualifications required for members of Human Rights and Equality Boards

Some of these requirements should be; having no appointment to an executive or supervisory body of any political parties, having university degree, having information and experience about the institution’s field of mandate. The requirement may also cover having professional experience of at least ten years or may be more in public bodies and institutions, international institutions, non-governmental organisations or in professional organisations with public institution status or in private sector. Care will be taken to ensure “pluralist” representation of the board members.

d. Duties of Human Rights and Equality Boards

As the decision-making body of the Institution, the Board may fulfil the following duties: To finalise applications or ex-officio enquiries for violation on prohibition of discrimination, to settle ex-officio enquiries relating to human rights violations (right of application may or may not be granted to the victim), if deemed necessary to start and finalise the process of “settlement” about these applications and enquiries, to evaluate problems relating to practising judicial decisions on violation of prohibition of discrimination, to finalise “applications” that are within the context of national preventive mechanism of people who are deprived of their liberty or who are under protection, to finalise the “ex-officio” enquiries of people who are deprived of their liberty or who are under protection, that are within the context of national preventive mechanism, when asked for to submit opinions to judicial bodies, public bodies and institutions, concerned people related with its field of mandate, to decide on making the Insti-

tution a member of international institutions working on this field, to cooperate with international institutions working on this field, to finalise the strategic plan of the institution, to determine service quality standards, to finalise the institution's budget proposal, to finalise institution's activity reports, to finalise the proposals on purchase, sale and rent of estates, to fulfil other duties given by law.

3. Other service providing personnel and units

Other than the permanent staff of the institution such as the president, vice-president, human rights and equality experts, human rights and equality assistant experts, educators of human rights and anti-discrimination, there may also be temporary commissions such as advisory commissions and various service units.

E. Applications to the Human Rights and Equality Institutions and Method of Inquiry

1. Applicants to the Institution

Real persons, juristic persons and groups who claim to have suffered from violation of prohibition of discrimination may apply to the Institution. No fee is required for application. An obligation to apply to the place or person that violated the prohibition of discrimination may be brought to the claimant, before applying to the Institution. The concerned person may ask from the opposing party to resolve the unlawful execution. If the demand is refused or not replied within a certain period (for instance 30 days), the concerned may apply to the Institution. In the act of possibility of arising unrecoverable or unrepairable damages, the institution may accept the applications without asking for the victim to apply to the place that caused the suffering and wait for the reply. The concerned to apply to the place/institution that executed the unlawful treatment before applying to the institution may or may not be regulated as a prerequisite. In our opinion, the concerned, who claims to be mistreated, should be able to apply to the relevant place, then to the Institution, or directly to the Institution. A regulation such as "The applications to the Institution within the term of litigation detain the term of litigation of the proceeding already in progress" can be made. A regulation such as the application does not detain the term of litigation can also be made. The context of procedures that cannot be a matter of application may vary from country to country. We think very little coverage should be given to such exceptions in a state where rule of law principle is effective.

There are some situations where "express consent" is looked for. In the ex-officio inquiry of the Institution, where the victim of the violation is personally specifiable, it is essential to get the express consent of the victim or his/her legal representative. However in cases where high interest of the child is required the consent of his/her legal representative should not be necessary. In applications to the Institution, the identity information of children and people who are under custody or protection are kept confidential. The identity information of the victim or victims are kept confidential only if requested so by them.

2. The Inquiry Method of Applications

The applications to the Institution should be concluded within lately three months following the date of application. The Institution should finalise also its ex-officio inquiries within lately three months following the date ex-officio inquiry decision is taken. This period may be extended for once at most for three months by the President of the Institution in case of obligation. The president should invite the parties for “reconciliation”³⁸ –in respect to characteristic of the inquiry- ex-officio or on request. The reconciliation should be concluded within a month at the latest. It may include several settlements: Terminating the practise that is claimed to be a violation of human rights, terminating the practise that is claimed to be a violation of prohibition of discrimination, paying a certain amount of compensation to the victim. The applications that could not be finalised through reconciliation and ex-officio inquiries are investigated by the Board and the Board decides whether there is a violation or not.

3. Burden of proof

The Law on Human Rights and Equality of Turkey looks for following conditions to impose the burden of proof to the opposing party: There should be a claim for breach of prohibition of discrimination “exclusively”. “Strong evidences” should exist to prove that the claim of the applicant is real. The applicant should also present the presence of prima facie facts. In the existence of these facts, it shall be not for the applicant but for the respondent to prove that there has been no breach of the prohibition of discrimination and principle of equal treatment. It is stated in the reports of parliamentary commissions and discussions in the parliament that the word “exclusively” contradicts the objective of the Law. Although the expression of “reasonable doubt” is used in the Turkish Criminal Law it is called strong doubt, strong evidence in this Law and it is expressed in the commissions’ reports that this makes it harder to shift the burden of proof to the opposing party.

4. The Institution’s power to impose sanction

The Law on Human Rights and Equality of Turkey has granted the Institution the power to impose administrative sanction³⁹. Accordingly, in violation of prohibition of discrimination a certain amount of administrative fine shall be burdened to the public bodies and institutions, professional organisations with public institution status, real persons and private legal entities that are responsi-

³⁸ For more information on “reconciliation”, see. Odyakmaz, Zehra-Serkan Çınarlı: *Applicability of Alternative Dispute Resolutions in Administrative Conflicts*, Ankara October 2013, 168 pages, Orion Kitabevi.

³⁹ Doğanay, Selim: “Administrative Sanctions and the European Court of Human Rights’ Approach to the Issue”, *Adalet Dergisi*, No. 54, January 2016, p. 19-36, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı.

ble for this violation. If it is a public body and institution that pays the administrative fine, it shall recourse it to the officer that caused this discriminative treatment with his/her negligence.

CONCLUSION

When we have a look at the preparation of new laws from the aspect of social performance of law, the question of “to which degree a society should affect how law shall be” comes to mind. In a country, law should be prepared in consideration of social life style. The laws should not stay behind a society which is ready to develop. However it should not include provisions that cannot be tolerated by that society or cannot be accepted by the social fabric. We have a few suggestions that might be applicable in the context of such a Law which is planned to be put into force for the purpose of protection of human rights, elimination of all kinds of inequality, prevention of all kinds of discrimination. *Our first suggestion: An “Institute”* should be established, to inquire the issue academically, to carry out investigations and make surveys, to use them for building public opinion, to mentor for the executive units primarily for the legislative power, to serve as the expert in concrete cases. The objective of this institute should be to determine the measures to prevent inequality, discrimination and human rights violations, to “educate” everyone about these subjects especially educators of struggle with human rights and discrimination. The existence of this institute shall be needed a lot in the forthcoming times because Human Rights and Equality Institutions shall be busy with inquiring, investigating, finalising and following the outcomes of human rights violations, prohibition of discrimination violations ex-officio or upon application, and shall need a separate unit to examine the subject scientifically. Here the “Institute” we propose the establishment of, shall execute this duty.

Our second suggestion: The Human Rights Commissions and Woman-Man Equal Opportunity Commissions that already exist in parliaments of the States may be regulated as “Commission for Prevention of Human Rights Violations, Inequality and Discrimination” and their working areas might be expanded.

Our third suggestion: “Courts for Prevention of Inequality and Discrimination” in charge of examining and finalising the issues of inequality and discrimination which need the application of special knowledge and procedural provisions, should be established.

Our fourth suggestion: Education on social gender equality should be included in curriculum in all levels. This education should start at preschool (kindergarten) and continue all through school life and with in-service trainings at working life.

Our fifth suggestion: It is about paying compensation to the victims and the amount of compensation to be paid.

One of the similar provisions of the European Union Council Directives is; the requirement for sanctions put by the member states for compensation to the

victim to be effective, proportional and deterrent. The International Court of Justice has judged that in the case of violation of principle of equality, the compensation to be paid to the victim should be in proportion to the damage suffered. And it does not accept setting an upper limit in compensation. As a conclusion, what is the most important element in every issue is the “human factor”. The laws to be enacted (put into force) shall be successfully applicable only if the people in that country is inclined to such a practise. Here, the meaning, importance and the social role of “social imperative” shall become clear in such circumstances. As we expressed in the beginning of our study, the real objective of a law to be prepared on this matter should be to teach anti-discrimination to all members of the society of all ages and the law should be based on not things to be done after the discrimination takes place and human rights are violated, but based on how this education shall be carried out.

DRAGAN VASILJEVIĆ

KONCEPT VANREDNIH PRAVNIH SREDSTAVA PO NOVOM ZAKONU O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

Reforma uprave u koju smo zakoračili zahvatila je i upravnu proceduru. Tako je Srbija donela novi Zakon o opštem upravnom postupku¹ koji je stupio na snagu 9. marta 2016. godine, a predviđeno je da početak njegove primene bude 1. jun 2017. godine, sa izuzetkom odredaba članova 9, 103. i 207. čija primena je otpočela istekom 90. dana od njegovog stupanja na snagu, odnosno 08. juna 2016. godine.

Značaj upravnog postupka je veliki. Zahvaljujući njemu obezbeđuje se veća pravna sigurnost za sve njegove učesnike kao i zakonito ostvarenje pravnog poretka. Još uvek važeći Zakon o opštem upravnom postupku predstavlja jedan od retkih primera dugotrajnosti važenja i primene u pravnom sistemu Srbije². Ra-

Dr Dragan Vasiljević, profesor Kriminalističko-policijske akademije, Beograd. Rad je rezultat istraživanja na projektu: "Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije", koji finansira i realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu, ciklus naučnih istraživanja 2015–2019. godina.

¹ Videti: Službeni glasnik RS, br.18/2016.

² Zakon o opštem upravnom postupku Kraljevine Jugoslavije donet je 1930. godine, a stupio na snagu 1931. godine. Pravila ovog ZUP-a primenjivala su se u tzv. drugoj Jugoslaviji, sve do donošenja novog ZUP-a, koji je objavljen 1956. a stupio na snagu 1957. godine. Ovaj Zakon je menjan četiri puta: 1965, 1976, 1978 i 1986. godine. Usaglašavanje ZUP-a pravnom sistemu Savezne

zlog za to su, svakako, njegova kvalitetna rešenja i skoro vekovna tradicija u kodifikaciji upravnog postupka. Posledica njegove dosledne primene je pravna sigurnost i visok stepen zaštite učesnika u postupku. Međutim, izazovi sa kojima su suočene druge pa i naša zemlja zahtevaju da se on unapredi. Razloga za to ima više: 1. jačanje institucija pravne države; 2. harmonizacija našeg prava sa pravnim tekovinama Evropske unije; 3. unapređenje pojedinih još uvek važećih upravno procesnih rešenja koje je vreme prevazišlo.

Otuda je, u sklopu reforme javne uprave u Srbiji, kao i upravnog pravosuđa, bilo nužno pored drugih, doneti i nov Zakon o opštem upravnom postupku.

Kao glavni ciljevi novog Zakona o opštem upravnom postupku svakako su: a) ubrzanje i pojednostavljenje upravne procedure; b) delotvornija i lakša zaštita javnog interesa i zakonitosti sa jedne strane, ali i prava i sloboda građana i drugih učesnika u postupku sa druge strane; v) modernizacija opštenja učesnika u postupku saglasno vremenu u kojem živimo i savremenim tehnologijama koje primenjujemo.

Dosadašnji Zakon o opštem upravnom postupku imao je 291 član i 20 glava. Novi Zakon o opštem upravnom postupku ima 217 članova i podeljen je na 10 delova.

Strateške novine novog Zakona o opštem upravnom postupku su brojne. Svrha i smisao ovog rada je da se ukaže gde su i u čemu osnovna poboljšanja koja se odnose na vanredna pravna sredstva i da se sažeto objasni smisao i značaj tih novina.

OPŠTI OSVRT NA VANREDNA PRAVNA SREDSTVA PO STAROM ALI JOŠ UVEK VAŽEĆEM ZAKONU O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU

U cilju otklanjanja formalnih i materijalnih grešaka ali i grešaka necelishodnosti upravnih akata redovno pravno sredstvo u upravnom postupku jeste žalba. Međutim, žalba nije potpuna garancija da će zahvaljujući njoj sve nezakonitosti i nepravilnosti u vezi sa upravnim aktom biti uklonjene. Zato postoji realna potreba i opravdan interes da se odstrane iz pravnog poretka i takvi upravni akti koji se više ne mogu osporavati redovnim pravnim lekom. Da bi se izašlo u susret potrebi uklanjanja ili menjanja upravnih akata izvan redovnog postupka po žalbi, pravo predviđa postojanje vanrednih pravnih sredstava. Ta sredstva su izuzetak od

Republike Jugoslavije (Ustavu SRJ iz 1992. godine), učinjeno je tek 1996. godine. Međutim, taj tekst je bio privremenog karaktera. Do usaglašavanja oba veća tadašnje Savezne skupštine po pitanju sadržine teksta ZUP-a došlo je 26. juna 1997. godine a on je objavljen 11. jula 1997. godine. Ovaj ZUP se posle nestanka Jugoslavije primenjuje i danas kao propis Srbije do početka primene novog ZUP-a, a to je predviđeno za 1. jun 2017. godine.

pravila o konačnosti i pravnosnažnosti rešenja, te stoga do njihove primene može doći samo pod tačno određenim zakonskim uslovima. Radi se o posebnim slučajevima "kvalifikovane nezakonitosti", ograničen je krug subjekata koji ih može upotrebiti, predviđen je poseban postupak, utvrđeni posebni rokovi (duži od rokova za žalbu a ponekad su i neograničeni) i predviđene posebne pravne posledice. Vanredna pravna sredstva služe da se pomoću njih o jednoj upravnoj stvari koja je već konačno ili pravnosnažno raspravljena, ponovo raspravlja. Važno je da se akti protiv kojih se ta sredstva mogu upotrebiti više ne mogu osporavati redovnim putem (žalbom). Razlozi upotrebe vanrednih pravnih sredstava u upravnom postupku precizno su utvrđeni zakonom da se ne bi dovelo u pitanje načelo pravnosnažnosti koje nalaže da raspravljanje svake upravne stvari dočeka jednom i svoj kraj. U tome se i ogleda razlika između redovnih i vanrednih pravnih sredstava. Za žalbu su potrebni samo opšti zakonski uslovi (blagovremenost, stranačka legitimacija i dopuštenost), dok se za vanredna pravna sredstva traže i posebni zakonski uslovi. U svakom slučaju, mogućnost upotrebe vanrednih pravnih sredstava jeste izuzetak a ne pravilo, ona nisu dopuštena za otklanjanje svake nezakonitosti, već samo one "teže" koja ima pojačani društveni značaj³.

Korišćenje vanrednih pravnih sredstava u upravnom postupku je u javnom interesu. U tom smislu ustanovljena je zakonska dužnost organa koji sazna za rešenje kojim je povređen zakon, a povreda može biti razlog za ponavljanje postupka, odnosno za poništavanje, ukidanje ili menjanje rešenja, da o tome bez odlaganja obavesti organ nadležan za pokretanje postupka i donošenje rešenja, odnosno javnog tužioca.

Još uvek važeći Zakon o opštem upravnom postupku predviđa više vanrednih pravnih sredstava kojima se (izvan žalbenog postupka i izvan upravnog spora) poništavaju, ukidaju ili menjaju upravni akti doneti u upravnom postupku. Neka od njih se mogu koristiti protiv pravnosnažnih, neka protiv konačnih, a neka protiv izvršnih rešenja. Ona su predviđena i uređena Zakonom o opštem upravnom postupku. Posebnim zakonima, u pogledu pojedinih upravnih oblasti, mogu da budu normirana određena odstupanja, odnosno dopunjavanja. Reč je o sledećim vanrednim pravnim sredstvima u upravnom postupku: a) ponavljanje postupka; b) menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom; v) poništavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora; g) ukidanje i menjanje pravnosnažnog rešenja uz pristanak ili po zahtevu stranke; d) vanredno ukidanje; đ) oglašavanje rešenja ništavim.

Neki autori u svojim delima vrše različite klasifikacije oblika vanredne upravne kontrole uprave. Tako se vanredna upravna kontrola uprave može klasi-

³ Videti detaljnije: R. Marković, *Upravno pravo*, Beograd, 2002, str. 426-428.

fikovati na oblike samokontrole i oblike prave kontrole. Kriterij je da li vanrednu upravnu kontrolu vrši sam donosilac akta ili neki drugi ovlašćeni organ. Vanredna upravna samokontrola upravnih akata vrši se putem: a) ponavljanja postupka; b) menjanja i poništavanja rešenja u vezi sa upravnim sporom; v) ukidanja i menjanja pravnosnažnog rešenja uz pristanak ili po zahtevu stranke. U sastav prave vanredne upravne kontrole upravnih akata ulazi poništavanje i ukidanje po osnovu službenog nadzora. Dok su vanredno ukidanje rešenja i oglašavanje rešenja ništavim mešoviti oblici. Oni se ostvaruju bilo od strane samog izdavaoca akta, bilo od strane drugostepenog ili nadzornog organa⁴.

NOVINE U POGLEDU VANREDNIH PRAVNIH SREDSTAVA PREDVIĐENE NOVIM ZAKONOM O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU

Novi Zakon o opštem upravnom postupku (čl. 175–189), predviđa “Posebne slučajeve uklanjanja i menjanja rešenja” kao vanredna pravna sredstva umesto još uvek važećih “Naročitih slučajeva poništavanja, ukidanja i menjanja rešenja”. Novim rešenjima uvedeno je više reda i rekli bi smo pojednostavljen je sistem vanrednih pravnih sredstava. Time je izvršena doslednija sistematika i njihovo jasno međusobno razdvajanje kako u pogledu razloga i uslova korišćenja tako i u pogledu pravnih dejstava⁵.

Upravni akt (rešenje) može da bude službeno uklonjen, odnosno izmenjen iz razloga i na način koji predviđa novi Zakon o opštem upravnom postupku. Službeno uklanjanje, odnosno menjanje vrši se, takođe, upravnim aktom. Rok za donošenje takvog akta – u ponovljenom postupku, o poništavanju konačnog rešenja, i ukidanju rešenja – iznosi najkasnije 60 dana od pokretanja postupka (član 186).

Novi Zakon o opštem upravnom postupku predviđa pet posebnih slučajeva uklanjanja i menjanja nezakonitih rešenja i to: a) menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom; b) ponavljanje postupka; v) poništavanje konačnog rešenja; g) ukidanje rešenja; d) poništavanje, ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja na preporuku Zaštitnika građana.

Uklanjanje nezakonitog upravnog akta iz pravnog poretka može da bude u obliku poništavanja, što ima retroaktivno dejstvo ili ukidanja, što deluje samo za

⁴ Videti detaljnije: Z.R. Tomić, Upravno pravo-sistem, Beograd, 1998, str. 467–468.

⁵ Videti detaljnije: D. Milovanović, V. Cucić, Nova rešenja nacrtu Zakona o opštem upravnom postupku u kontekstu reforme javne uprave u Srbiji, Pravni život, Beograd, br. 10/2015, tom II, str. 95–110.

ubuduće (čl. 183-184). Menjanje upravnog akta ima po pravilu retroaktivno dejstvo ako zakonom nije drugačije predviđeno.

Dosadašnji pravni institut Oglašavanja rešenja ništavim (čl. 257–258. starog Zakona o opštem upravnom postupku), kao ni sama ništavost upravnog akta (što je teži oblik nezakonitosti u odnosu na rušljivost) više ne postoje. Međutim, raniji slučajevi ništavosti (član 257. starog ali još uvek važećeg Zakona o opštem upravnom postupku) sada su uvršćeni u razloge poništavanja konačnog rešenja (član 183. stav 1. tačka 1–6 novog Zakona o opštem upravnom postupku).

Menjanje i poništavanje rešenja u vezi sa upravnim sporom. – Po pitanju ovog vanrednog pravnog sredstva ista rešenja su sadržana u starom kao i u novom Zakonu o opštem upravnom postupku.

Pretpostavka je, dakle, da je doneto konačno rešenje u upravnom postupku i da je protiv tog rešenja pokrenut upravni spor, te da je tužba podneta blagovremeno, dakle u roku, saglasno odredbama Zakona o upravnim sporovima.

Svrha ovog vanrednog pravnog sredstva je da se upravni spor reši bez suda. Postupak pred sudom nije neophodan ako je očigledno da se radi o nezakonitosti upravnog akta. Stoga, ako organ uprave, koji je upoznat sa sadržajem tužbe (to će, po pravilu, biti slučaj kada je organu uprave dostavljena tužba radi davanja odgovora), uvaži zahteve tužbe, organ uprave može, s tim u vezi, poništiti ili izmeniti svoje rešenje. Sve ovo važi ako se time ne vređa pravo stranke u upravnom postupku ili pravo trećeg lica.

Treba, međutim, istaći da je reč samo o mogućnosti organa protiv čijeg rešenja je pokrenut upravni spor, a ne i o njegovoj obavezi da postupi na napred navedeni način. Kada organ donese novo rešenje, on će ga dostaviti i sudu pred kojim je pokrenut upravni spor. Ako je rešenjem udovoljeno zahtevu tužbe, sud će po tužbi postupak obustaviti, ukoliko stranka ne zahteva da se postupak pred sudom nastavi. Novo rešenje deluje ex tunc, dakle unatrag. To je i normalno, jer se radi o poništenju, odnosno izmeni rešenja, a ne o njegovom ukidanju⁶.

Ponavljanje postupka. – Ovo vanredno pravno sredstvo se može upotrebiti protiv konačnih rešenja, tj. onih protiv kojih se ne može izaviti žalba. Predviđeno je dvanaest razloga za ponavljanje postupka. U odnosu na rešenja koja sadrži stari Zakon o opštem upravnom postupku učinjene su pojedine korekcije kod nekih razloga za ponavljanje. Dva razloga su potpuno nova u odnosu na prethodna rešenja: a) "ako je Ustavni sud, u postupku po ustavnoj žalbi, utvrdio povredu ili uskraćivanje ljudskog ili manjinskog prava i slobode zajemčene Ustavom, a istovremeno i poništio osporeni upravni akt" (član 176. stav 1. tačka 11); b) "ako je

⁶ Videti detaljnije: D. Vasiljević, *Upravno pravo*, Beograd, 2015, str. 347.

Evropski sud za ljudska prava u istoj stvari naknadno utvrdio da su prava i slobode podnosioca predstavke povređena ili uskraćena” (član 176. stav 1. tačka 12). S druge strane, dva dosadašnja razloga ponavljanja su sažeta u jedan (član 176. stav 1. tačka 3): “ako je rešenje donelo neovlašćeno lice, ili je postupak vodilo ili u njemu odlučivalo neovlašćeno lice ili lice koje je moralo biti izuzeto”.

Novi Zakon o opštem upravnom postupku (član 177) predviđa da ponavljanje postupka može da zahteva stranka, ali i organ koji je doneo konačno rešenje može da ponovi postupak po službenoj dužnosti. U članu 177. je precizirano da stranka može podneti zahtev za ponavljanje postupka u roku od 90 dana od dana saznanja za razlog za ponavljanje, odnosno u roku od šest meseci od objavljivanja odluke Ustavnog suda ili Evropskog suda za ljudska prava u “Službenom glasniku Republike Srbije”. Ovi rokovi se odnose i na organ ako ponavljanje postupka pokreće po službenoj dužnosti, što je bitna novina, kao doprinos pravnoj sigurnosti i jednakosti inicijatora ponavljanja postupka. Po proteku roka od pet godina od dana obaveštavanja stranke o konačnom rešenju, ponavljanje postupka se ne može tražiti, niti se može pokrenuti po službenij dužnosti.

Zahtev za ponavljanje postupka ne odlaže izvršenje rešenja po kojem se ponavljanje traži (nema suspenzivno dejstvo). Izuzetno, ako bi izvršenje nanelo stranci štetu koja bi se teško mogla nadoknaditi, a odlaganje nije protivno javnom interesu, niti bi se odlaganjem nanela veća ili nenadoknativa šteta protivnoj stranci, odnosno trećem zainteresovanom licu, organ nadležan za odlučivanje o zahtevu može rešenjem odložiti izvršenje (član 180).

O zahtevu za ponavljanje postupka rešava organ koji je doneo konačno rešenje. Isti organ ponavlja postupak po službenoj dužnosti. Nadležni organ ispituje da li je zahtev blagovremen, dopušten i izjavljen od ovlašćenog lica, kao i da li je okolnost na kojoj se zahtev zasniva učinjena verovatnom. Ukoliko ti uslovi nisu ispunjeni, nadležni organ će odbaciti zahtev rešenjem. Ako su uslovi za ponavljanje postupka ispunjeni nadležni organ će ispitati mogu li okolnosti, odnosno dokazi koji se iznose kao razlog za ponavljanje, dovesti do drugačijeg rešenja. Ako utvrdi da ne mogu, odbiće zahtev rešenjem. Kada nadležni organ ne odbaci niti odbije zahtev za ponavljanje postupka, ili pak po službenoj dužnosti utvrdi da postoje razlozi za ponavljanje, doneće rešenje kojim će dopustiti ponavljanje i odrediti u kom će se obimu postupak ponoviti. Rešenje kojim se dopušta ponavljanje postupka odlaže izvršenje rešenja protiv kojeg je ponavljanje dopušteno (član 181).

Posle sprovedenog ponavljanja postupka, nadležni organ donosi rešenje o upravnoj stvari koja je bila predmet ponovljenog postupka. Po ponavljanju postupka, nadležni organ može ostaviti na snazi konačno rešenje koje je bilo predmet ponavljanja, ili doneti novo rešenje kojim se obzirom na okolnosti slučaja, konačno rešenje poništava ili ukida (član 182).

Podrazumeva se da u vezi sa ponavljanjem postupka žalba može da se izjavi protiv svih rešenja donetih od strane prvostepenog organa, osim protiv rešenja kojim se dozvoljava ponavljanje postupka (član 181. stav 3. u vezi sa članom 188. stav 2). Ako je rešenje doneo drugostepeni organ, protiv njega se može neposredno pokrenuti upravni spor.

Poništavanje konačnog rešenja (član 183. novog Zakona o opštem upravnom postupku). – Ovo vanredno pravno sredstvo je nešto drugačije uređeno u odnosu na rešenja koja sadrži stari ali još uvek važeći Zakon o opštem upravnom postupku. Konačno rešenje nadležni (drugostepeni ili nadzorni) organ će u celini ili delimično poništiti po službenoj dužnosti ili po zahtevu stranke: a) ako je doneto u stvari iz sudske nadležnosti ili u stvari o kojoj se ne odlučuje u upravnom postupku; b) ako bi se njegovim izvršenjem moglo prouzrokovati neko krivično delo; v) ako njegovo izvršenje uopšte nije moguće; g) ako je doneto bez zahteva stranke, a stranka naknadno nije izričito ili prećutno pristala na rešenje; d) ako je doneo kao posledica prinude, iznude, uccene, pritiska ili drugih nedozvoljenih radnji (ovaj razlog je do sada u sličnoj formulaciji bio pravni osnov za poništavanje po osnovu službenog nadzora); đ) ako sadrži nepravilnost koja je po izričitoj zakonskoj odredbi predviđena kao razlog ništavosti; e) ako je rešenje doneo stvarno nenadležni orga, izuzev Vlade, a nije reč o razlogu za poništavanje koji smo naveli pod a; ž) ako je u istoj upravnoj stvari ranije doneto pravnosnažno rešenje kojim je upravna stvar drukčije rešena; z) ako prilikom donošenja rešenja nije pravilno sproveden postupak za davanje prethodne ili naknadne saglasnosti ili mišljenja drugog organa; i) ako je rešenje doneo mesno nenadležni organ; j) ako rešenje uopšte ne sadrži ili sadrži pogrešno uputstvo o pravnom sredstvu (ovaj razlog predstavlja potpuno novi pravni osnov poništavanja po službenom nadzoru).

U pogledu razloga, navedenih od a do đ, nema vremenskog ograničenja za poništavanje. U pogledu razloga, navedenih od e do z, rok je pet godina, a u pogledu razloga, navedenih pod i i j, rok je godina dana od konačnosti rešenja.

Drugostepeni organ ili nadzorni organ će rešenjem, po službenoj dužnosti, u celini ili delimično poništiti konačno rešenje u roku od godinu dana od njegove konačnosti ako u njemu nije uopšte ili nije pravilno primenjen materijalni zakon, drugi propis ili opšti akt.

Ukoliko ne postoji drugostepeni organ i nadzorni organ onda će rešenje poništiti organ koji je doneo konačno prvostepeno rešenje.

Ukidanje rešenja (član 184 novog Zakona o opštem upravnom postupku). – Drugostepeni organ ili nadzorni organ rešenjem može na zahtev stranke ili po službenoj dužnosti u celini ili delimično ukinuti rešenje: a) ako je ono postalo izvršno, a ukidanje je potrebno radi otklanjanja teške i neposredne opasnosti po ži-

vot i zdravlje ljudi, javnu bezbednost, javni mir i javni poredak ili radi otklanjanja poremećaja u privredi, ako svrha ukidanja ne može uspešno da se otkloni drugim sredstvima kojima se manje dira u stečena prava; b) ako je ono postalo pravno-snažno, a to traži stranka na čiji je zahtev doneto, a ukidanje nije protivno javnom interesu niti interesu trećih lica; v) kad je to posebnim zakonom određeno.

Ukoliko ne postoji drugostepeni organ ili nadzorni organ, organ koji je doneo prvostepeno rešenje ukinuće ga u celini ili delimično na zahtev stranke ili po službenoj dužnosti.

Suštinski gledano kod ovog vanrednog pravnog sredstva radi se o ukla-njanju zakonitih rešenja iz naročitih razloga. Vremenskog ograničenja kod ovog sredstva nema.

Poništavanje, ukidanje ili menjanje pravnosnažnog rešenja na preporuku Zaštitnika građana (član 185 novog Zakona o opštem upravnom postupku). Na preporuku Zaštitnika građana organ može, radi usklađivanja sa zakonom, novim rešenjem da poništi, ukine ili izmeni svoje pravnosnažno rešenje, ako stranka o čijim je pravima ili obavezama odlučeno, kao i protivna stranka, na to pristanu i ako se time ne vređa interes trećeg lica. Ukoliko organ ne smatra da treba postupiti po preporuci Zaštitnika građana, njega odmah o tome obaveštava. Korišćenje ovog sredstva nije ograničeno rokom.

Što se tiče pravnih sredstava koja se odnose na sva vanredna pravna sredstva novi Zakon o opštem upravnom postupku (član 188) precizira da na rešenja donesena u posebnim slučajevima uklanjanja i menjanja rešenja, izuzev u slučaju menjanja i poništavanja rešenja u vezi sa upravnim sporom, može se podneti žalba. Izuzetno, protiv rešenja kojim se dozvoljava ponavljanje postupka žalba nije dozvoljena. Povodom ovog pitanja u vezi sa pravnim sredstvima javlja se nedoumica u smislu kada je donosilac takvog rešenja drugostepeni ili nadzorni organ. Da li je tada žalba moguća sa gledišta višeg organa koji bi o njoj trebalo da odlučuje i da li je taj organ isključivo Vlada.

ZAKLJUČAK

Sistem vanrednih pravnih sredstava u starom ali još uvek važećem Zakonu o opštem upravnom postupku je prilično nepregledan, pre svega zbog znatnih razlika koje postoje u osnovima za njihovu upotrebu, nadležnosti i ovlašćenjima organa koji po njima postupaju, rokovima u kojima se mogu koristiti, po posledicama koje mogu proizvesti u odnosu na upravne akte (ponišćavanje, ukidanje, menjanje). Novi Zakon o opštem upravnom postupku sadrži rešenja kojima se nastojao pojednostaviti sistem vanrednih pravnih sredstava njihovim spajanjem i

ujednačavanjem ovlašćenja za podnošenje i upotrebu po službenoj dužnosti kao i propisivanjem nadležnosti organa da po njima odlučuju.

Analizirana rešenja imaju, pre svega, za cilj da se poveća pravna sigurnost, zaštite stranke u postupku, poveća delotvornost i ekonomičnost postupka, bolje sistematizuju i formulišu pojedini instituti i odredbe Zakona o opštem upravnom postupku. Period od stupanja na snagu do početka njegove primene treba iskoristiti da se stvore pretpostavke za uspešnu primenu i uoče eventualni nedostaci, a sve u cilju unapređenja usvojenih rešenja.

DRAGAN VASILJEVIĆ, LL.D.,

Professor, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade

CONCEPT OF EXTRAORDINARY REMEDIES BY NEW LAW ON GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Administrative reform in the Republic of Serbia affected the administrative procedure. Thus, Serbia adopted a new Law on general Administrative Procedure, which entered into force on 09 March 2016. and foreseen to start its application is June 01, 2017.

Strategic novelties in the new Law on general Administrative Procedure are numerous. The purpose of this paper is to point out where they are and what basic improvements related to extraordinary legal remedies and to digest explanatory meaning and significance of these novelties.

Instead of six extraordinary remedies that knows the old Law on general Administrative Procedure, a new Law on general Administrative Procedure introduced more order into the system of extraordinary legal remedies and predicts five of them.

The new Law on general Administrative Procedure contains solutions which sought to simplify the system of extraordinary legal remedies.

Analyzed solutions are primarily intended to increase legal certainty, protection of customers in the process, increase efficiency and economic procedure, better systematize and formulate some institutes and the provisions of Law on general Administrative Procedure.

ZORICA VUKAŠINOVIĆ-RADOJIČIĆ,
ALEKSANDRA RABRENOVIĆ

JAČANJE KAPACITETA POLICIJE U PROCESU EVROPSKIH INTEGRACIJA

U V O D

S obzirom da pristupanje Evropskoj uniji podrazumeva blagovremeno i delotvorno sprovođenje celokupnog korpusa zakonodavstva, odnosno pravnih tekovina Unije, uspostavljanje administrativnih kapaciteta u Republici Srbiji je od ključne važnosti za ispunjavanje svih obaveza koje proističu iz članstva. Na pristupanje jedne države Evropskoj uniji i dinamiku pregovaračkih procesa snažno utiču i unutrašnje reforme i događaji na nacionalnom i međunarodnom planu, na koje se ne može u potpunosti uticati.

Iako osnovnim izvorima prava Evropske Unije, nije određen model javne uprave koji treba da usvoje zemlje članice, odredbama osnivačkog Ugovora predviđa se obaveza zemalja članica da preduzmu sve potrebne mere radi ispunjava-

Dr Zorica Vukašinić Radojičić, profesor Kriminalističko-policijske akademije, Beograd.

Dr Aleksandra Rabrenović, naučni saradnik Instituta za uporedno pravo, Beograd. Rad je rezultat realizovanja naučnoistraživačkog projekta pod nazivom Razvoj institucionalnih kapaciteta, standarda i procedura za suprotstavljanje organizovanom kriminalu i terorizmu u uslovima međunarodnih integracija. Projekat finansira Ministarstvo nauke i tehnološkog razvoja Republike Srbije (br. 179045), a realizuje Kriminalističko-policijska akademija u Beogradu (2011–2016). Rad je takođe rezultat rada na internom projektu Kriminalističko – policijske akademije pod nazivom *Kriminalitet u Srbiji i instrumenti državne reakcije* (2015–2019).

nja obaveza koje proizlaze iz članstva. Pregovori sa EU se zasnivaju na članu 49. Ugovora o EU i uzimaju u obzir sve relevantne zaključke usvojene na samitu Kopenhagenu, 1993. godine, ("kopenhagenski kriterijumi") kada su definisani kriterijumi za pristupanje zemalja centralne i istočne Evrope.¹ Iako se razvoj upravnih sistema eksplicitno ne pominje, treći uslov se odnosi na sposobnost država članica da prihvate "dostignuća Zajednice", odnosno mogućnost primene komunitarnog prava (*Acqui Communautaire*).² Administrativne strukture moraju biti spremne, s obzirom da one vode pregovore, što zahteva znanja i sposobnosti javnih službenika. Osim kriterijuma iz Kopenhagena, Madridski samit šefova država je definisao dalje kriterijume razvoja administrativnih kapaciteta, koji se odnose na potrebu prilagođavanja administrativnih i sudskih struktura, i efikasnu javnu upravu.³ Stupanjem na snagu Lisabonskog ugovora, veliki broj načela upravnog prava je dobio pravno utemeljenje kroz Povelju osnovnih prava Evropske unije, kojom se garantuje pravo građana Unije na dobru upravu i druga prava.⁴

Nacionalnim programom za usvajanje pravnih tekovina EU, utvrđene su ne samo obaveze koje se tiču harmonizacije već i strateški ciljevi i zadaci koji se moraju sprovesti kako bi se ispunili pomenuti politički i ekonomski kriterijumi.⁵ Preporuka je Unije da Srbija obezbedi u svim oblastima da njene institucije, upravljački kapaciteti i administrativni i pravosudni sistemi budu osnaženi kako bi mogli da delotvorno primenjuju pravne tekovine. A na opštem nivou, za to je neophodna stabilna državna uprava koja počiva na efikasnom i nepristrasnom radu državnih službenika.⁶

¹ Videti: *The Copenhagen Criteria, Agenda 2000, For a stronger and wider Union*, Document drawn up on the basis of COM(97) 2000 European Commission, Bulletin of the European Union, Supplement 5/97, str. 39-47.

² Prema Kopenhagenskim kriterijima, članstvo u Uniji zahteva da zemlje kandidati ispune stabilnost institucija koje garantuju obezbeđenje demokratije, principa vladavine prava, ljudskih prava i poštovanje zaštite manjina; postojanje tržišne ekonomije i sposobnost preuzimanja obaveza u smislu poštovanja ciljeva političke, ekonomske i monetarne Unije. Opširnije o uslovima za pristupanje Evropskoj Uniji: European Commission, *The European Union and the World*, Brussels, 2001, str. 18; J.P. Olsen, *Towards a European Administrative Space*, Arena Working Paper, WP 02/26.

³ Videti: European Commission Paper, *The European Union Still Enlarging*, Luxembourg, 2000, str. 8-11; Videti Madrid European Council, *Presidency Conclusions*, <http://www.europarl.europa.eu/summits/mad1-en.htm>.

⁴ Videti član 41. *Povelje o osnovnim pravima Evropske unije*, 2007/C 303/01, od 14.12.2007.

⁵ Videti: *Nacionalni program za usvajanje pravnih tekovina EU* (National Programme for the Adoption of the Acquis-NPAA), za period do 2018, Kancelarija za evropske integracije Vlade RS, 2014.

⁶ Videti: Saopštenje sa sastanka na nivou ministara, *Međuvladina konferencija o pristupanju Srbije Evropskoj uniji, Opšta pozicija EU*, 2015, str. 11.

U godišnjem izveštaju programa Sigma za 2015. godinu, u kome se procenjuju kapaciteti javne uprave zemalja kandidata za članstvo u Evropskoj uniji, posebno se ističe neadekvatnost pravnog okvira sistema upravljanja ljudskim resursima sektora policije u Srbiji. Izveštaj ističe da pravni okvir koji reguliše status zaposlenih u Ministarstvu unutrašnjih poslova (sa više od 47.000 zaposlenih) nije u skladu sa Sigma principima i načelima postojećeg modernog Zakona o državnim službenicima.⁷ Napominje se takođe da postojeći Zakon o državnim službenicima ima veoma veoma uzak delokrug, jer se primenjuje samo na određene institucije, koje ne uključuju i Ministarstvo unutrašnjih poslova.⁸

Zastareo sistem upravljanja kadrovima u sektoru policije prepreka je i vođenju pregovaračkog procesa. U najveće izazove pregovaračkog procesa ubraja ju se oblasti pravosuđa, osnovnih prava, pravde slobode i bezbednosti, kao suštinski važne za funkcionisanje demokratije. Kako je osnov saradnje Srbije sa EU do trenutka sticanja članstva Sporazum o stabilizaciji i pridruživanju, obaveze koje su njime preuzete, ključne su za razumevanje pregovora i ispunjavanja uslova za članstvo. Sporazumom se ističe značaj konsolidovanja vladavine prava i jačanja institucija na svim nivoima uprave, a posebno policijskih i pravosudnih organa sa ciljem jačanja nezavisnosti sudstva, poboljšanja rada policije, stvaranja dobre uprave i zaštite osnovnih prava i sloboda. Njime se ova oblast uređuje u okviru Naslova VII koji je osnova za pregovore u ovim oblastima (jačanje institucija i vladavina prava, zaštita podataka o ličnosti, viza, kontrola granica, azil i migracije, sprečavanje i kontrola ilegalnih migracija i readmisija, borba protiv pranja novca i finansiranja terorizma, saradnja u borbi protiv droga, sprečavanje i borba protiv organizovanog kriminala i borba protiv terorizma).⁹ Da su oblasti reforme javne uprave, pravosuđa i unutrašnjih poslova najvažnije za interese EU potvrđuje i činjenica da je najviše sredstava izdvojeno upravo za ove oblasti u okviru programa IPA 2014-2020.¹⁰ Kako se ovo Poglavlje najbrže razvija i najvažnije je za građane, policijski sistem svojim poslovima, organizacijom, stručnim sposobnostima kadrova mora odgovoriti izazovima koji se postavljaju.

⁷ Zakon o državnim službenicima ("Službeni glasnik RS", br. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/09, 99/14).

⁸ Videti: SIGMA/OECD, *Baseline Measurement Report: The Principles of Public Administration, Serbia* April 2015, str. 44.

⁹ Videti: N. Mrvić-Petrović, *Conflict of Interest Regarded as Unethical Conduct*, Bezbednost, Teorijsko stručni časopis Ministarstva unutrašnjih poslova Republike Srbije, godina LV, br.1/2013, Beograd, str. 5-16.

¹⁰ Videti: Evropska komisija, *Izveštaj o napretku za Republiku Srbiju*, koji prati Saopštenje Komisije upućeno Evropskom parlamentu, Savetu, Evropskom ekonomskom i socijalnom komitetu i Komitetu regiona, Brisel, novembar, 2015, str. 88.

U cilju prevazilaženja postojećih problema i polazeći od preporuka Evropske komisije usmerenih na potrebu profesionalizacije i racionalizacije nadležnosti institucija i donošenje novog pravnog okvira koji će garantovati neutralnost i kontinuitet uprave, odnosno prijem, napredovanje i otpuštanje zaposlenih prema stručnim sposobnostima i rezultatima rada,¹¹ početkom 2016. godine, usvojen je novi Zakon o policiji. Zakon sadrži moderna rešenja upravljanja ljudskim resursima, počev od sistema planiranja kadrova, klasifikacije radnih mesta, zapošljavanja, napredovanja, ocenjivanja i prestanka radnog odnosa. U ovom radu detaljnije ćemo proučiti nova rešenja Zakona o policiji, kao i donete podzakonske akte, koji bi trebalo da osiguraju delotvorno sprovođenje ovog značajnog novog pravnog okvira, koji postavlja osnove za modernizaciju sektora policije u Srbiji.

UNAPREĐENJE PRAVNOG OKVIRA U FUNKCIJI PROFESIONALIZACIJE POLICIJE

Dok se Poglavlje 23 odnosi na reforme pravosuđa, antikorupcijsku politiku, osnovna prava i prava državljana, Poglavlje 24 obuhvata 11 tematskih područja, čija se pravila odnose na: migracije, azil, vizna politika, spoljne granice i šengen, pravosudnu saradnju u građanskim i krivičnim stvarima, policijsku saradnju i borbu protiv organizovanog kriminala, borbu protiv terorizma, saradnju u oblasti droga, carinsku saradnju i falsifikovanje evra.¹² Stav je Evropske komisije da u ovim oblastima Srbija mora uložiti kontinuirane napore kako bi uskladila propise sa pravnim tekovinama EU. Usvajanje akcionih planova u datim oblastima ima za cilj puno usaglašavanje sa zahtevima Poglavlja 24. Zbog toga je su neophodno dalje jačanje policijskih organa u cilju usvajanja i primene instrumenata u okviru Poglavlja 24, pravnih tekovina Evropske unije - Pravda, sloboda i bezbednost a u cilju jačanja strukturnih kapaciteta za reakciju protiv kriminaliteta i drugih oblika ugrožavanja bezbednosti. Iako su važni delovi pravnih tekovina u ovoj oblasti već preneti u zakonodavstvo Srbije, potrebni su znatni naporu kako bi se uskladle i sprovele određene oblasti pravnih tekovina kao što je Šengen, Vizni informacioni sistem, policijska i pravosudna saradnja u krivičnim stvarima, organizovani kriminal, borba protiv terorizma i visokotehnološkog kriminala i oblast azila.

¹¹ *Ibidem*, str. 8-9.

¹² Prema *Izveštaju o napretku Evropske komisije*, iz 2015. godine, poseban napredak je postignut u oblastima kao što su borba protiv organizovanog kriminala, borba protiv terorizma, jačanje kapaciteta za kontrolu granice, i droga, dok izvestan nivo pripremljenosti postoji u pogledu borbe protiv korupcije. Videti: Evropska komisija, *Izveštaj o napretku za Republiku Srbiju*, Brisel, novembar, 2015.

Najznačajnije izmene Zakona se odnose na unapređenje organizacionog i funkcionalnog sistema policije – reorganizaciju, uvođenje novih funkcija i racionalizaciju postojećih, podelu poslova na policijske i unutrašnje, izmene i preciziranje policijskih ovlašćenja, mera i radnji, uvođenje novih načela rada i postupanja policije, kao i uvođenje pooštrenih mera za suzbijanje korupcije u okviru Ministarstva i jačanje profesionalnog integriteta zaposlenih. Reorganizacija Ministarstva unutrašnjih poslova ima za cilj da ojača operativni kapacitet policije i međuinstitucionalnu saradnju. Promene se moraju odvijati postepeno, uz jasnu stratešku odluku i akcioni plan za postepeno uvođenje nove prakse.

Ključne novele Zakona o policiji, vezane su za uspostavljanje službeničkog sistema na novim osnovama i uvođenje modernog koncepta upravljanja ljudskim resursima. Imajući u vidu preporuke i standarde međunarodnih organizacija, praksu u drugim organima državne uprave u Srbiji i ciljeve rada Ministarstva definisane Strategijom razvoja Ministarstva unutrašnjih poslova 2011-2016¹³ i Strategijom razvoja ljudskih resursa, obrazovan je Sektor za ljudske resurse koji je nadležan za pitanja koordinacije i obavljanja poslova upravljanja ljudskim resursima u Ministarstvu i saradnju sa jedinicama za ljudske resurse drugih organa državne uprave i centralnim telom za upravljanje kadrovima Vlade Republike Srbije. Funkcionisanje Sektora je uključeno u strateško rukovođenje i saradnju sa rukovodiocima na svim nivoima. Očekuje se da rukovodioci u policiji shvate značaj upravljanja ljudskim resursima i preuzmu ključnu ulogu uz pomoć i saradnju stručnjaka iz jedinice za upravljanje ljudskim resursima.

U funkcionalnom smislu, Zakonom je uvedena podela poslova na policijske i unutrašnje, koja predstavlja osnovu za uspostavljanje novog sistema klasifikacije radnih mesta i karijerni razvoj. To ima za posledicu uvođenje nove podela zaposlenih u Ministarstvu – na policijske službenike, državne službenike i nameštenike.¹⁴ Ovo pravilo naglašava specifičnost položaja policijskih službenika, kao i stepen ovlašćenja i odgovornosti koju oni imaju prilikom obavljanja policijskih poslova i zadataka i drugih unutrašnjih poslova. Jer, za razliku od ostalih, oni obavljaju policijske poslove u statusu ovlašćenih službenih lica i primenjuju policijska ovlašćenja predviđena Zakonom o policiji i drugim zakonima (o krivičnom postupku, prekršajima, bezbednosti saobraćaja i drugim), odnosno obavljaju druge unutrašnje poslove u neposrednoj vezi sa policijskim poslovima (lica na posebnim dužnostima). Ključna razlika se ogleda prevashodno u primeni policijskih ovlašćenja, jer lica na posebnim dužnostima imaju znatno uža ovlašćenja - oni

¹³ Videti: *Strategija razvoja Ministarstva unutrašnjih poslova 2011-2016*, 2010, dostupno na: <http://www.mup.gov.rs/>.

¹⁴ Videti: član 10. *Zakona o policiji* („Službeni glasnik RS”, br. 6/16).

primenjuju prvenstveno klasična upravna ovlašćenja (izdavanje javnih isprava, vođenje javnih evidencija) i obavljaju druge upravne poslove koji imaju bezbednosni i poverljivi karakter.

Uvođenje novih funkcija i podele radnih mesta zaposlenih, u funkciji je uspostavljanja novog sistema klasifikacije radnih mesta, sistema zvanja (činova), kao i platnog sistema, shodno vršenju poslova i primeni ovlašćenja. S obzirom da policijski službenici obavljaju visoko rizične poslove, njihov pravni položaj se razlikuje od drugih lica u Ministarstvu. To ukazuje i na specifičnosti službeničkog sistema policije, za koji je karakterističan sistem razvrstavanja radnih mesta po zvanjima- karijerni sistem u kome se, u okviru jednog radnog mesta može napredovati sticanjem viših zvanja, a ispunjavanjem definisanih uslova (u pogledu radnog iskustva, stručne spremlje, ostvarenih rezultata rada, stručnog usavršavanja i drugih). Iz tog razloga, jedan od ključnih poslova Sektora za ljudske resurse mora biti sistemsko sprovođenje analize poslova radnih mesta, uključujući sve linije rada, koja će imati za cilj da se prilikom pripreme Akta o sistematizaciji (i kataloga radnih mesta) pođe od složenosti poslova, potrebnog stepena samostalnosti u radu, zahtevanih sposobnosti, obima nadzora nad radom, potrebne školske spremlje, kompetencija, radnog iskustva i drugih kriterijuma. Takođe, od posebnog je značaja određivanje platnih razreda u skladu sa sprovedenom analizom poslova. Polazeći od opisa poslova i položaja radnog mesta, platni razredi (platne grupe) će biti detaljnije precizirani na osnovu kataloga radnih mesta Ministarstva.

U teorijskom smislu, dilema ostaje kada je reč o navedenoj podeli na policijske, državne službenike i nameštenike. S jedne strane, opravdano je istaći specifičnosti pravnog položaja policijskih službenika, i njihovih složenih i uvećanih dužnosti, što ima za posledicu razvrstavanje u odgovarajuća zvanja (čino-ve), a zatim i platne razrede, ali je formulacija "neprecizna" u teorijskom i pozitivnopravnom smislu, jer su policijski službenici nesumnjivo državni, odnosno javni službenici.¹⁵ I policijsko zakonodavstvo drugih zemalja u regionu sadrži sličnu podelu, premda ono implicira da su "policijski službenici ujedno i državni službenici."¹⁶ U teorijskom smislu, oni poseduju sva obeležja službenih lica

¹⁵ O pojmu državnog i javnog službenika opširnije u: Z. Vukašinović Radojičić, *Pravna pitanja službeničkih odnosa, Monografije*, Knjiga 25, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2015, str. 14-29.

¹⁶ U Republici Hrvatskoj je Zakonom o policiji („Narodne novine“, broj, 34/2011, 130/2012, 89/2014, 33/2015), ustanovljena podela na radna mesta policijskih službenika (koji su ujedno i državni službenici), državni službenici i nameštenici. Jasno je da je policijski službenik, službenik ministarstva, na šta ukazuje člana 3. ovog Zakona. Slično rešenje sadrži i Zakon o organizaciji i radu policije Republike Slovenije kojim su utvrđene sledeće kategorije: policijski službenici (ujedno i državni), policajci i drugi zaposleni u policiji.

koja trajno i profesionalno obavljaju poslove od javnog značaja i učestvuju u vršenju javne vlasti.¹⁷ Ova problematika je posebno značajna sa aspekta regulisanja i ostvarivanja prava, obaveza i odgovornosti i pravne zaštite policijskih službenika. Jer, od primene pravila čija je osnovna svrha prevencija i suzbijanje negativnih pojava u javnoj upravi i jačanje profesionalnog, odgovornog i transparentnog rada uprave, policijski službenici (kao ni službenici u drugim oblastima rada uprave) ne mogu biti izuzeti, bez obzira da li zakonodavac koristi termin: “državni službenik”, “službeno lice”,¹⁸ “lice koja vrše javnu funkciju”, “nosilac javnih ovlašćenja”, “zaposleni u javnom sektoru” ili “korisnik javnih sredstava”.

PRIMENA PRINCIPA MERITORNOSTI – UVOĐENJE KOMPETENCIJA U SISTEM UPRAVLJANJA LJUDSKIM RESURSIMA

Puna primena principa profesionalizma, zakonitosti, političke neutralnosti, utiče na suzbijanje negativnih pojava kao što su korupcija, političko pokroviteljstvo i nepotizam, različiti oblici diskriminacije, politizacija. Evropska komisija je u Izveštaju o napretku, istakla da je “snažna politička volja najvažnija za profesionalizaciju i depolitizaciju uprave i povećanje transparentnosti postupaka zapošljavanja i otpuštanja, što posebno važi za najviša službenička radna mesta i da odredbe kojima se regulišu postupci zapošljavanja i otpuštanja ne smeju ostavljati prostor za široka diskreciona ovlašćenja”.¹⁹ Od ovog mišljenja, pošlo se i prilikom pripreme Zakona o policiji.

¹⁷ Videti: I. Borković, *Službeničko pravo*, Informator, Zagreb, 1999, str. 48. I u radovima stranih teoretičara, javni službenici su lica koja vrše javna ovlašćenja, koja se postavljaju javnopravnim aktom i na koja se primenjuju pravila javnog prava. Opširnije: G. Jeze, *Cours de Droit public*, No 2, Paris, 1926, str. 2; P. Laband, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, str. 410; Sir W. Wade, *Administrative Law*, Oxford University Press, ninth edition, New York, 2004, str. 68; P. Fletcher, *Public Administration*, H.V. Wiseman ed. *Political Science*, London Routledge and Kegan Paul, str. 53-54, 1967; P. Dunleavy, *Is there a Radical Approach to Public Administration?*, *Public Administration* 60, 2:215-25, 1982. str. 215; J. Greenwood, D. Wilson, *Public Administration in Britain – today*, London, 1993, str. 4.

¹⁸ U krivičnopravnom zakonodavstvu, u upotrebi je pojam službenog lica, koji se odnosi na sva lica koja vrše službene dužnosti ili obavljaju službene funkcije bez obzira na vrstu njihovog ugovora i privremenosti/stalnosti obavljane funkcije. Službenim licem se smatra lice koje u državnom organu vrši službene dužnosti, izabrano, imenovano ili postavljeno lice u državnom organu, organu lokalne samouprave ili lice koje stalno ili povremeno vrši službene dužnosti ili službene funkcije u tim organima, lice u ustanovi, preduzeću ili drugom subjektu kome je povereno vršenje javnih ovlašćenja, vojna lica, strana službena lica (službenici međunarodnih organizacija) i druga odgovorna lica Videti: *Krivični zakonik* („Službeni glasnik RS”, br. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/2013).

¹⁹ Opširnije: Evropska komisija, *Izveštaj o napretku za Republiku Srbiju*, Brisel, novembar, 2015.

Jedan od osnovnih ciljeva politike upravljanja ljudskim resursima u skladu sa novim Zakonom o policiji je transparentan pristup zapošljavanju, razvoju i zadržavanju zaposlenih uz punu primenu principa meritornosti. Na to ukazuje član 135. Zakona u skladu sa kojim se "radni odnos u Ministarstvu zasniva putem konkursa." Dosadašnja netransparentna praksa zasnivanja radnog odnosa bila je u suprotnosti sa opšteusvojenim domaćim propisima i međunarodnim standardima, budući da se građanima mora garantovati sloboda i pravo zapošljavanja u državnim organima i jednak tretman u izbornom postupku.²⁰ Prethodni Zakon nije regulisao način prijema u službu bez konkursa, te su građani stavljeni u neravnopravan položaj, s obzirom da iz opštih akata koji se objavljuju u službenom glasilu, nisu mogli biti obavešteni o uslovima i postupku prijema u radni odnos. Ustavom RS i zakonima, preporukama Saveta Evrope, preporukama nezavisnih institucija je zabranjena diskriminacija u oblasti rada, odnosno narušavanje jednakih mogućnosti za zasnivanje radnog odnosa ili uživanje svih prava pod jednakim uslovima. Transparentnost postupka ujedno potvrđuje mogućnost i pravo izjavljivanja žalbe i pokretanja upravnog spora nezadovoljnih kandidata koji su učestvovali u izbornom postupku.

Od posebnog je značaja i pravno regulisanje oblasti bezbednosnog proveravanja lica i jasno definisanje predmeta i metodike bezbednosnog proveravanja uz uvažavanje principa jednake dostupnosti radnih mesta, transparentnosti i zabrane diskriminacije.²¹ Savremena je praksa da bezbednosno proveravanje bude zasnovano na poštovanju principa individualne odgovornosti kandidata i vrednovanja sposobnosti kandidata.

Sprovođenje konkursa za popunjavanje radnih mesta u Ministarstvu unutrašnjih poslova daje kandidatima mogućnost da apliciraju na radna mesta za koja smatraju da imaju odgovarajuće kompetencije.²² Korišćenje kompetencija nesumnjivo poboljšava tačnost procene podobnosti kandidata za obavljanje poslova, odnosno donošenje boljih odluka o zapošljavanju i odabiru kandidata i njihovo napredovanje tokom karijere ili otpuštanje.²³ U praksi se smatra

²⁰ Opširnije u: Z. Vukašinić Radojičić, *Pravna pitanja službeničkih odnosa*, Monografije, Knjiga 25, Kriminalističko-policijska akademija, Beograd, 2015, str. 207-208.

²¹ U uporednim službeničkim sistemima, pravila o zapošljavanju službenika se razlikuju u zavisnosti od toga da li su uspostavljeni karijerni sistemi ili sistemi pozicija. Opširnije u: Z. Vukašinić Radojičić, *Evropski službenički sistemi*, Kriminalističko-policijska akademija, Edicija Monografije, Knjiga 14, Beograd, 2013.

²² Opširnije: *Zakon o policiji*, Prema stanju zakonodavstva od 5. februara 2016. godine, Predgovor i stvarni registar, D. Milovanović, Z. Vukašinić Radojičić, B. Otašević, S. Marković, Pravna biblioteka, Edicija zakoni i propisi, Službeni glasnik, 2016.

²³ Pod kompetencijama podrazumevamo stavove i obrasce ponašanja koji upućuju na to kako zaposleni primenjuju svoje znanje i tehničke veštine. To je skup ponašanja potrebnih za delo-

da je prethodno ponašanje/iskustvo najbolji pokazatelj budućeg učinka a intervjui se zasnivaju na testiranju prioritetnih kompetencija za određena radna mesta.²⁴ Utvrđeni skup kompetencija ima veliki značaj pri planiranju, zapošljavanju, napredovanju i stručnom usavršavanju kadrova. Od posebnog je značaja postojanje korelacije između prioritetnih kompetencija potrebnih za radno mesto i glavnih zadataka odgovornosti koji su deo ukupnog posla.

S obzirom da bi napredovanje u više zvanje trebalo da bude zasnovano na praćenju rezultata rada zaposlenih od strane neposrednih rukovodilaca, merenju učinka rada i dobijenim ocenama, od posebnog je značaja postavljanje jasnih pravila izbornog postupka, provera znanja i sposobnosti kandidata. Za sticanje narednog zvanja (čina) u okviru istog nivoa potrebno je da se ispuni uslov odgovarajućeg stepena obrazovanja (stručne spreme), godina staža provedenih u prethodnom zvanju/činu, uspešno završena stručna obuka za zvanje/čin i i odgovarajuće godišnje ocene čiji trogodišnji prosek ne sme da bude manji od ocene "ističe se - četiri", dok je za sticanje narednog zvanja/čina neposredno višeg nivoa u rukovođenju osim navedenih uslova predviđeno i polaganje stručnog ispita. Zakon za popunjavanje upražnjenog rukovodećeg radnog mesta uvodi obavezno raspisivanje internog konkursa, što je u duhu karijernog sistema. Ovo pravilo, u skladu je i sa strateškim ciljevima Ministarstva, koje ukazuje da napredovanje mora biti zasnovano na transparentnim procedurama uz korišćenje internih konkursa za popunjavanje rukovodećih mesta višeg i srednjeg nivoa,²⁵ a zasnovano na rezultatima i stručnom usavršavanju, uz neophodne provere znanja.

Budući da se rukovodioci na svim nivoima u okviru Direkcije policije mogu razrešiti ukoliko ne ostvaruju rezultate rada u okviru kompetencija radnih mesta, propisivanje jasnih merila ocenjivanja dobija višestruki značaj. Kako novi Zakon o policiji propisuje postavljenje direktora nakon sprovedenog javnog konkursa, na predlog ministra, a ujedno i predviđa mogućnost da ga Vlada u bilo kom trenutku razreši na obrazložen predlog ministra, ako ne ostvari rezultate rada u

tvorno obavljanje zadataka i funkcija radnog mesta i važan instrument upravljanja ljudskim potencijalima.

²⁴ Prioritetne kompetencije se odeduju kroz analizu opisa određenog radnog mesta, uzimajući u obzir najvažnije aspekte tog radnog mesta. Iz okvira kompetencija za svako radno mesto bi trebalo definisati najviše šest „prioritetnih“ kompetencija koje bi bile deo pojedinačnog opisa radnih mesta. Opširnije: S. Vilijams, *Priručnik za korišćenje okvira kompetencija u procesu zapošljavanja u državnoj službi u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo, 2015, 13-15.

²⁵ Rukovodeća radna mesta se klasifikuju u četiri kategorije u zavisnosti od: složenosti poslova, obrazovanja, čina/zvanja, stepena odgovornosti i ovlašćenja za donošenje odluka kao i samostalnosti u radu i to na rukovodeća radna mesta: strateškog, visokog, srednjeg i operativnog nivoa. Videti: *Strategija razvoja Ministarstva unutrašnjih poslova 2011-2016*, 2010, dostupno na: <http://www.mup.gov.rs/>.

okviru kompetencija propisanih za to radno mesto,²⁶ u cilju minimiziranja diskrecionog odlučivanja i donošenja odluka na osnovu objektivnih pokazatelja, ovo pitanje je podzakonskim aktom detaljnije uređeno.

Donošenjem Pravilnika o kompetencijama za zaposlene u Ministarstvu unutrašnjih poslova,²⁷ započela je priprema metodologije za utvrđivanje specifičnih kompetencija za pojedina radna mesta i metoda za njihovu proveru. Prema Pravilniku, kompetencije predstavljaju skup znanja i veština, crta ličnosti i sposobnosti koji oblikuju ponašanje zaposlenog i vode postizanju očekivanih rezultata na radnom mestu. Dok se tehničke kompetencije odnose na specifična znanja i veštine, koje su potrebne za delotvorno obavljanje poslova i zadataka u okviru određenih radnih mesta,²⁸ bazične kompetencije se odnose na skup ponašanja - crte ličnosti i sposobnosti koje su potrebne za uspešno obavljanje poslova u okviru određenog radnog mesta. Bazične i tehničke kompetencije moraju biti sastavni deo opisa posla radnog mesta zaposlenih.²⁹ U bazične kompetencije se ubrajaju služenje građanima, upravljanje promenom, upravljanje učinkom, lična delotvornost, donošenje odluka i rad sa drugima i rukovođenje.³⁰ Kompetencije se prate i procenjuju u skladu sa određenim indikatorima, s tim što se kompetencije razlikuju po indikatorima u zavisnosti da li je reč o rukovodećim ili izvršilačkim radnim mestima.³¹ Ovakvo rešenje je u direktnoj vezi sa pripremom detaljnih opisa radnih mesta i izmenama akta o unutrašnjem uređenju i sistematizaciji radnih mesta.³² Imajući u vidu specifičnu prirodu i karakter policijskih poslova, organizacionu strukturu Ministarstva, način rukovođenja i organizacionu kulturu, neophodno je postepeno i odmereno uvođenje novih instituta i prakse.

²⁶ Prema članu 149. Zakona, „direktora policije razrešava Vlada, na obrazloženi predlog ministra, ako ne ostvari rezultate rada u okviru kompetencija propisanih za to radno mesto.“

²⁷ Videti: *Pravilnik o kompetencijama za zaposlene u Ministarstvu unutrašnjih poslova* („Službeni glasnik RS”, br. 52/16).

²⁸ Veštine su potrebne za ispunjavanje funkcionalne uloge i obuhvataju tehničke veštine (upravljanje projektima, upravljanje vremenom).

²⁹ Upravo, stručni profil zaposlenih proizlazi iz glavnih zadataka i odgovornosti radnog mesta i precizira kvalifikacije, veštine, iskustvo i najvažnije kompetencije potrebne za uspešno obavljanje poslova radnog mesta.

³⁰ Videti član 3. *Pravilnika*.

³¹ Indikatori bazičnih kompetencija su pokazatelji ponašanja na osnovu kojih se utvrđuje da li zaposleni ima ili nema predviđene kompetencije.

³² Opširnije: *Zakon o policiji*, Prema stanju zakonodavstva od 5. februara 2016. godine, Predgovor i stvarni registar, D. Milovanović, Z. Vukašinović Radojičić, B. Otašević, S. Marković, Pravna biblioteka, Edicija zakoni i propisi, Službeni glasnik, 2016.

ZAKLJUČAK

Obezbeđenje efikasne i efektivne primene evropskih politika zahteva uspostavljanje odgovarajućeg institucionalnog ambijenta u budućim državama članicama Evropske unije. U vezi sa pitanjima kao što su granična kontrola, vize, spoljne migracije, azil, policijska saradnja, borba protiv organizovanog kriminala i terorizma, saradnja u oblasti droga, carinska saradnja i pravosudna saradnja u krivičnim i građanskim stvarima, države članice treba da budu adekvatno opremljene kako bi na odgovarajući način sprovodile sve veći okvir zajedničkih pravila. Za ovo je pre svega potreban snažan i dobro integrisan administrativni kapacitet unutar organa za sprovođenje propisa i politika. Očekuje se da profesionalna, pouzdana i efikasna policijska organizacija uspešno ostvari zahteve koji se pred nju postavljaju u procesu reforme.

Novi Zakon o policiji stavlja akcenat na razvoj profesionalnih kapaciteta, kompetencije i etiku policijskih službenika. Njime se uvodi obaveza sprovođenja javnih i internih konkursa, čemu prethodi detaljna analiza radnih mesta i postavljanje okvira kompetencija. U kontekstu sveobuhvatne reforme javnog sektora, zakonodavac je imao u vidu kreiranje racionalne i optimalne policijske organizacije, uvažavanje zahteva smanjenja broja radnih mesta, preispitivanje potrebnih nivoa rukovodećih radnih mesta i potrebne kompetencije zaposlenih. Primena modernog koncepta upravljanja ljudskim resursima trebalo bi da utiče na jačanje profesionalizma, transparentnog rada, lične odgovornosti zaposlenih, njihove motivacije i zadržavanje visoko stručnog kadra u policiji.

Od posebnog značaja za uspešnu primenu propisa je politička podrška i jačanje svesti zaposlenih na svim nivoima i njihova permanentna edukacija. Ujedno, novi propisi utiču na uspostavljanje i razvoj jedinstvene upravne prakse u svim organima i organizacijama i koherentno funkcionisanje sistema uprave u Srbiji. Za dalji razvoj u ovoj oblasti, neophodno je ustanoviti jasnu političku odgovornost za sprovođenje i dinamiku promena. Reforma se ne može sprovoditi parcijalno, bez jasne strategije.

ZORICA VUKAŠINOVIĆ-RADOJIČIĆ, LL.D.,
Professor, Academy of Criminalistic and Police Studies, Belgrade
ALEKSANDRA RABRENOVIĆ, LL.D.,
Research Fellow, Institute of Comparative Law, Belgrade

CAPACITY BUILDING OF POLICE IN THE EUROPEAN INTEGRATION PROCESS

Summary

In order to be able to take on obligations from the EU membership, countries which are preparing to become the EU member states need to have adequate institutional capacities, which include modern human resource management systems. Further strengthening of institutional capacities at all administrative levels is also important for the Republic of Serbia, especially of its judicial and police structures in order to apply instruments of the Chapter 24, *acquiscommunitaire* – Justice, Freedom and Security. This paper analyses implementation of measures aimed at professionalization of the Serbian police and strengthening its structural and operational capacities. Authors analyze provisions of the new Law on Police which create conditions for establishing the new civil service system and modern concept of human resource management in police, reorganization of the Ministry of Internal Affairs, more precise definition of police authorities, measures and acts and introduction of stricter measures for suppression of corruption in the Ministry and strengthening of professional integrity of employees. The implementation of the modern concept of human resource management facilitates protection of the citizens' rights and freedoms, strengthening of legal security of the employees of the Ministry of Internal Affairs and enhancement of police operation.

UPRAVNO POSTUPANJE U NOVOM ZAKONU O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU

U V O D

Odavno je rečeno da su procesni zakoni i procesne odredbe u materijalnim zakonima demokratija svih postupaka, pa dakle, i upravnog. I zaista, odnos državnih službenika prema stranci u upravnom postupku, poštovanje njenih prava i pravnih interesa, omogućavanje ne samo da učestvuje (prisustvuje) u postupku već više od toga omogućavanje da raspravlja, postavlja pitanja, traži objašnjenja, da joj neukost ne ide na štetu, zapravo čine suštinu položaja stranke u svim demokratskim sistemima. Isto tako, zakonitost postupanja organa uprave nalaže utvrđivanje obaveza na teret stranke koje će biti rezultat visoko profesionalnog tumačenja zakona, bez zadiranja u njenu imovinu, mimo odredbe člana 58. Ustava RS i člana 1. Pariskog protokola od 20.03.1952. godine uz Konvenciju o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

Zakon o opštem upravnom postupku¹ - u daljem tekstu: novi ZUP, stupio je na snagu 08.03.2016. godine, a u primeni je od 01.06.2017. godine, izuzev odredaba člana 9., 103. i 207. koje su u primeni već od 08.06.2016. godine, po proteku 90 dana od stupanja na snagu. Danom početka primene ovog zakona, prestaje da važi Zakon o opštem upravnom postupku² – u daljem tekstu: prethodni ZUP.

Ljubodrag Pljakić, sudija Vrhovnog kasacionog suda u penziji.

¹ “Službeni glasnik RS”, br. 18/016 od 01.03.2016. god.

² “Službeni list SRJ”, br. 33/97 i 31/07 i “Službeni glasnik RS”, br. 30/10.

Ovako dugi *vacatio legis* govori o važnoj obavezi državnih i drugih organa sa javnim ovlašćenjima da se ozbiljno pripreme za kvalitetnu primenu ovog, jednog od pet ključnih procesnih zakona, sve u interesu pravne sigurnosti u ostvarivanju prava i pravnih interesa fizičkih i pravnih lica. Takođe, važno je i vreme za upoznavanje samih stranaka sa pravima koja im pripadaju, kao i njihovim punomoćnicima da im tu pomoć pruže.

Nije nevažno napomenuti da je ovo tek drugi procesni zakon ove vrste od II Svetskog rata, za razliku od nekih drugih procesnih zakona koji su u poslednjih 15 godina imali i po tri izmene.

OPŠTE ODREDBE NOVOG ZUP-a

Pre Glave o osnovnim načelima ZUP-a, u uvodnim odredbama je data definicija samog upravnog postupka, zatim upravne stvari, ukazano je na pravila opšteg i posebnog upravnog postupka i na upotrebu jezika i pisma.

Krajnje je logično da prvi član novog ZUP-a sadrži definiciju upravnog postupka. U prethodnom ZUP-u, ona je predstavljena kroz tri člana i čini se da je nova definicija konciznija, reklo bi se iz jednog daha, pa zbog toga bolje prilagođena ne samo za pamćenje, već još više za praktičnu upotrebu.

Upravni postupak jeste skup pravila koja primenjuju subjekti bliže nabrojani, od državnih organa i organizacija, preko pokrajinske autonomije i lokalne samouprave i drugi nabrojani organi sa poverenim javnim ovlašćenjima (uvek zakonom, prim. autora) i ta pravila se primenjuju samo u postupanju u upravnim stvarima.

Novi ZUP čini značajnu novinu na način što daje definiciju upravne stvari. Njena sadržina je značajno šira i direktnije objašnjena u odnosu na definiciju upravne stvari iz člana 5. Zakona o upravnim sporovima³- u daljem tekstu: ZUS. Treba reći i da je definicija upravne stvari iz citiranog člana 5. ZUS-a u momentu stupanja ZUS-a na snagu, bila važna novina (sa karakteristikama upravne stvari kroz javni interes i autoritativnost) i znatno olakšala upravnom sudstvu u određenju upravne stvari, čak i bez obzira na činjenicu da smo tada dobili definiciju upravne stvari u ZUS-u, kao sudskom postupku, a da je nismo imali u ZUP-u po kome se donose rešenja, čija se zakonitost ocenjuje u sudskom postupku.⁴ Novi ZUP definiše upravnu stvar kao pojedinačnu situaciju (ocena opštih akata je u nadležnosti Ustavnog suda), u kojoj organ uz neposrednu primenu nabrojanih propisa utiče pravno ili faktički na položaj stranke. Taj uticaj se ogleda ne samo

³ "Službeni glasnik RS" br. 111/09.

⁴ Detaljnije: Lj. Pljakić – Praktikum za upravni spor sa komentarom... Izdavač Intermeks, 2011. god.

kroz donošenje upravnih akata (član 16.) što je karakteristika prethodnog ZUP-a, već i kroz donošenje garantnih akata (član 18), zaključivanje upravnih ugovora (član 22.) i preduzimanje upravnih radnji i pružanje javnih usluga (član 27. i 31.). Očigledno je da će biti nužno usklađivanje ZUS-a sa novim ZUP-om.

I novi ZUP govori o ZUP-u kao opštem zakonu koji se primenjuje u svim upravnim stvarima. Ukoliko je to neophodno (najčešće jeste, prim. autora) da se pojedina procesna pitanja posebno urede u određenoj oblasti, radi preciznosti postupka i bolje zaštite stranaka, mogu se tim posebnim zakonima ova pitanja urediti (ZPPP-a, Zakon o državnim službenicima...). Vrlo je značajno da se zna da te odredbe u posebnim zakonima ne mogu da budu u suprotnosti sa načelima ZUP-a. Autor smatra da ako Upravni sud u predmetu ocene zakonitosti određenog akta uoči ovakvu suprotnost, izostaviće primenu takve posebne odredbe i o tome će dati razloge u obrazloženju presude.

Upotreba jezika i pisma u prethodnom ZUP-u je bila predviđena kao načelo. Čini se da je pravilno izmeštena iz načela, jer su načela principi postupanja, a uvodne napomene su putokazi za ulazak u upravni postupak. Ukazivanjem da je u upravnom postupku u službenoj upotrebi srpski jezik i ćirilčno pismo, a latinično na način predviđen zakonom, kao i upotreba jezika nacionalnih manjina, ovaj važan procesni zakon je usklađen sa Ustavom, što je zakonodavac morao mnogo ranije da učini.

NOVINE U OSNOVNIM NAČELIMA

Svaki ozbiljan procesni i materijalni zakon sadrži osnovna načela kojima se zakonodavac rukovodio pri donošenju odnosnog zakona. Ona predstavljaju konstruktivne elemente na kojima je zakon sagrađen i u meri u kojoj je konstrukcija stabilnija i koherentnija (na trusnim područjima u temelje građevine stavlja se gvožđe većeg promera, prim. autora) i zakon će odolevati pokušajima da bude pogrešno protumačen. Zbog toga su za njegovu primenu potrebni posvećeni profesionalci istančane uže specijalnosti, a ne opšteg smera (autor se oduvek zalagao za usku specijalizaciju u pravosuđu, a ne "da svaki sudija mora da zna sve da sudi..."). Relativno duže zadržavanje kolega u pojedinim materijama, redovno praćenje sudske prakse i aktivno učešće kroz referate na savetovanjima, ozbiljan su garant za kvalitetnu primenu propisa.

Načelo zakonitosti i predvidivosti (član 5)

Načelo zakonitosti nije novo, postoji u svim procesnim zakonima, a od značaja za ovaj referat je zbog toga što mu je u novom ZUP-u dodato načelo predvidivosti, ne bez razloga.

Načelo zakonitosti predstavlja obavezu svih subjekata koji primenjuju propise da dosegnu do same njihove suštine svim vrstama tumačenja prava, u vremenu i prostoru. U oblasti upravnog prava, ovo načelo je dodatno pojačano obavezom organa izvršne vlasti da se pridržavaju usvojenih pravnih stavova i obavezujućih pravnih shvatanja upravnog sudstva. Zbog takvog utemeljenog položaja, upravno sudstvo ima obavezu da stalno usavršava sudsku praksu sa opšteprihvaćenim standardima modernog evropskog zakonodavstva.

Usvojena pravna shvatanja kod odlučivanja po slobodnoj oceni (u temeljima je načela zakonitosti, prim. autora) ostaju i u primeni ZUP-a:

“Diskreciona ocena je suptilna i delikatna tehnika dozirano stvaralačke primene javnog prava, posebno česta u domenu upravne regulative. Ona je jedan od neophodnih ventila zakonodavstva i pravne prakse, fini spoj između izgrađivanja i oživotvorenja pravne supstance, ali i most akta i fakta.”⁵

O rešavanju po slobodnoj oceni kao izrazu načela zakonitosti detaljnije⁶

Načelo predvidivosti predstavlja novinu u načelima novog ZUP-a. U evropskom pravu je poznato kao načelo legitimnih (opravdanih) očekivanja. Prema obrazloženju predloga novog ZUP-a, njegova suština je u tome da organ mora da se pridržava prakse koju je uspostavio i da u istim ili sličnim slučajevima odlučuje na isti način. Obrazloženje rešenja kod koga je organ odstupio od rešenja koja je ranije donosio u istim ili sličnim upravnim stvarima, mora o tome da sadrži razloge (član 141. stav 4.). Po svojoj prirodi ovo načelo je izraz ustavnog načela jednakosti građana pred zakonom i ustavne odredbe kojom se garantuje jednaka zaštita prava pred organima vlasti.

Ovde se može postaviti pitanje da li se naše pravo na ovaj način približava precedentnom pravu? Odgovor je – ne. Upravo da se ne bi radilo o precedentnom pravu dokaz je da je ovo načelo predviđeno uz načelo zakonitosti. Podsetićemo da se sudovi već nekoliko godina kroz svoje odluke ponašaju u skladu sa ovim načelom na osnovu prakse Evropskog suda za ljudska prava, Ustavnog i Vrhovnog kasacionog suda.

“Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud je utvrdio da je V sud u NS u identičnoj činjeničnoj i pravnoj situaciji doneo različite odluke o osnovanosti tužbenih zahteva i da je na taj način podnosioca ustavne žalbe, odbijajući njegov tužbeni zahtev u pretežnom delu, doveo u bitno različit položaj od onoga u kome su bili tužioci čiji je istovetni tužbeni zahtev usvojen. Iz iznetih razloga, Ustavni sud je ocenio da je osporenim presudom povređeno pravo podnosioca ustavne žalbe

⁵ Prof. dr Zoran R. Tomić – “Diskreciona ocena u upravnom pravu”, Bilten VSS 3/06.

⁶ Lj. Pljakić “Pravni informator” 11/03.

na jednaku zaštitu prava, te je ustavnu žalbu u ovom delu usvojio saglasno odredbi člana 89. stav 1. Zakona o Ustavnom sudu.”⁷

Načelo srazmernosti (član 6)

Suština ovog načela, izražena kroz dva stava, slična je kao u načelu u prethodnom zakonu, ali je novi naziv načela. On je zaista, potpuniji, uverljiviji, pa na taj način i za stranke razumljiviji. Obaveza organa da donetim rešenjima ograniči prava stranke ili da utiče na njen pravni interes, mora da bude u skladu sa svrhom propisa i da ne postoji drugačije postupanje kojim bi se ostvarila svrha, sa manjim uticajem na pravni interes stranke. U izboru nalažanja mera za izvršenje obaveza stranci, mora da bude izabrana ona koja je povoljnija za stranku. Ovo načelo je i princip postupanja u upravnom izvršnom postupku.

Suština načela srazmernosti radi zaštite prava i pravnih interesa stranke bila je poznata i ranije u presudama najviših upravnih sudova.

Načelo zaštite prava stranaka i ostvarivanje javnog interesa (član 7)

Suština ovog načela je u poštovanju prava stranke u upravnom postupku (oni sumnjičavi kažu: “Teško je kada od čoveka postaneš stranka u postupku!”). Zaštita prava stranke je mera za demokratičnost postupanja prema stranci u vođenju upravnog postupka u svim evropskim zemljama.

Samo se po sebi razume da ta zaštita stranke ne sme da bude na štetu prava i pravnih interesa trećih lica. Zakon kaže “niti javnog interesa”. Autor smatra da je, kada se radi o javnom interesu, primerenije reći “u suprotnostima sa javnim interesom”, jer je šteta do koje bi došlo na taj način refleks protivljenja javnom redu i poretku – javnom interesu.

Načelo sa sličnim nazivom iz prethodnog ZUP-a je obuhvatao ovaj izrečeni stav, ali i dva stava iz načela srazmernosti. Nalazim da su na ovaj način ranija tri stava pravilno razdvojena novim ZUP-om radi bolje preglednosti.

Načelo pomoći stranci (član 8)

Ovo načelo je postojalo i u prethodnom zakonu. Proširena je obavezom organa da, ako u toku postupka dođe do izmene propisa vezanih za ostvarivanje prava stranke, organ će informisati stranku o tome. U ovom načelu ta obaveza stranke je pojačano da “po službenoj dužnosti” pazi na moguće propuste stranke koji proističu iz njenog neznanja.

⁷ Odluka Ustavnog suda UŽ. 5393/011.

Bitno je naglasiti da upozorenja i informisanja stranke iz ovog člana moraju obavezno da budu učinjena preko vođenog zapisnika. U suprotnom, prema nepisanom pravilu “na raspravi kod suda ili organa uprave je rečeno samo ono što piše u zapisniku” – takva upozorenja nisu ni učinjena.

Načelo delotvornosti i ekonomičnosti postupka (član 9)

Autor ovo načelo smatra jednom od najvažnijih novina ne samo u načelima već i u čitavom vođenju postupka. Zbog njega ćemo morati da menjamo svest u pogledu primene novog ZUP-a, posebno kada je u pitanju odnos prema strankama! Ova odredba je već stupila na snagu 08.06.2016. godine i odnosi se na ZUP kao opšti procesni zakon, ali i na sve procesne zakone kojima se neka pitanja, od posebnog značaja, drugačije regulišu. Ta važna novina predstavlja oslobođenje stranke obaveze da u postupku dostavlja dokaze o kojima se vodi službena evidencija.

Ovo načelo je bliže razrađeno kroz odredbu člana 103. novog zakona koja se nalazi u Glavi o toku postupka. I ona je stupila na snagu 08.06.2016. godine. Dakle, organ po službenoj dužnosti vrši uvid i pribavlja i obrađuje podatke o činjenicama o kojima se vodi službena evidencija. Zamoljeni organ mora da dostavi podatke besplatno u roku od 15 dana, ako nije predviđen neki drugi rok.

Treća odredba novog ZUP-a, koja je u vezi sa dve prethodno rečene, je odredba člana 207. novog zakona i tiče se prekršajnih odredbi i kažnjavanja za prekršaj ovlašćenog službenog lica koje po službenoj dužnosti ne izvrši uvid u podatke o činjenicama značajnim za vođenje postupka o kojima se vodi službena evidencija. Takođe, i na ostala lica pobrajana u ovom članu.

Smatram da bi sa primenom ove odredbe morala da se reše neka prethodna pitanja finansiranja pojedinih organa, budući da se prilikom njihovog finansiranja računa i na samostalne prihode ostvarene od taksi i drugih naplaćenih naknada (katastar, na primer).

Načelo istine i slobodne ocene dokaza (član 10)

Ova dva načela iz prethodnog zakona su spojena u jedno načelo. Ona su po svojoj pravnoj prirodi zaista povezana jer se radi načela istine i vrši slobodna ocena dokaza, sve radi ostvarenja načela zakonitosti u donošenju rešenja. Više bismo voleli da načelo sadrži naziv “materijalne istine” jer se u primeni prava samo ona i utvrđuje, a ne istina u nekom drugom značenju, filozofskom, na primer.

Raniji zakon je činjenice od značaja za zakonito i pravilno odlučivanje u upravnoj stvari nazvao odlučnim. Bez obzira što novi ZUP ovaj termin ne koristi, smatramo da može da bude u upotrebi uz obavezu da se objasni njegova sadržina.

Pravo stranke na izjašnjavanje (član 11)

U prethodnom ZUP-u se govori o načelu saslušanja stranke. Čini se da je ovaj naziv načela potpuniji, sveobuhvatniji budući da je saslušanje stranke jedan od načina omogućavanja stranci da učestvuje u postupku, pored elektronskog, pisanim podnescima i dr. Suština je zapravo ostala ista jer rešenje po ZUP-u ne može da se donese, a da stranci nije pružena prilika da se izjasni o činjenicama od značaja za rešavanje upravne stvari, izuzev zakonom predviđenih situacija.

Pravo na žalbu i prigovor (član 13)

Tema ovog referata u upravnom postupanju po novom ZUP-u u kome se, pored upravnih akata, donose i drugi akti, otvorila je mogućnost i ulaganja prigovora kod donošenja tih drugih akata, pa tako i podizanje ovog pravnog sredstva na nivo načela, pored žalbe kao ranijeg važnog pravnog sredstva. Detaljnije odredbe o prigovoru zakonodavac je razradio u poglavlju o pravnim sredstvima (član 147–150).

Načelo pristupa informacijama i zaštite podataka (član 15)

Ovo je novo načelo u zakonu u novom ZUP-u, a rezultat je omogućavanja pristupu informacijama od javnog značaja prema Zakonu o slobodnom pristupu informacijama od javnog značaja.⁸ Prema odredbi člana 2. ovog zakona “informacija od javnog značaja je informacija kojom raspolaže organ javne vlasti, nastala u radu ili u vezi sa radom organa javne vlasti, sadržana u određenom dokumentu, a odnosi se na sve ono o čemu javnost ima opravdan interes da zna”. Zaštita podataka o ličnosti sve više uživa zaštitu kod Ustavnog suda i kroz praksu Evropskog suda za ljudska prava.

UPRAVNO POSTUPANJE

Objašnjavanje principa iz novih načela ZUP-a bilo je nužno kao uvod i okruženje teme ovog referata. Zakonodavac je u delu drugom predstavio načine upravnog postupanja koji zapravo, razlikuju ovu materiju od drugih procesnih materija. Čineći je posebnom kroz moguće oblike upravnog postupanja, zakonodavac šalje isto tako važne poruke da donošenjem ozbiljnih akata u upravnom postupku mogu da se bave posvećeni profesionalci koji se neće baviti isključivo traženjem novih radnih mesta sa većom platom. Dugogodišnje iskustvo autora u

⁸ “Službeni glasnik RS” br. 120/04, 54/07.

bavljenju ovom materijom daje mu za pravo da zaključi da je premalo zadržavanje kolega u određenoj struci uticalo na pad kvaliteta u upravnom odlučivanju.

Upravni akt (član 16)

Novi ZUP daje sličnu definiciju upravnog akta kakva je predstavljena u članu 4. ZUS-a. Drugačije ne bi moglo ni da bude, a da se ne povredi suština ovog akta. To je uvek pojedinačni pravni akt kojim organ kroz neposrednu primenu propisa iz odgovarajuće upravne oblasti (ZUS kaže u upravnoj stvari – čini se da je direktnije, prim. autora) odlučuje o pravu, obavezi ili pravnom interesu stranke. Novi ZUP kaže (ili o procesnim pitanjima). Nalazimo i da je i odlučivanje o procesnim pitanjima u donošenju upravnog akta suvišno budući da odlučivanje o procesnim pitanjima ne izlazi iz odlučivanja o pravu, obavezi ili pravnom interesu stranke. Procesno je tehnika prilikom odlučivanja o pravima, obavezama ili pravnom interesu stranke. Novi ZUP kao upravne akte označava rešenja i zaključke, pa je to i razlog da rešavanje o procesnim pitanjima (zaključci) uđe u definiciju upravnog akta.

Nezavisno od toga što novi ZUP kaže da rešenje i zaključci mogu imati i drugi naziv, smatramo da i dalje treba primenjivati dosadašnju upravno – sudsku praksu prema kojoj i akti sa drugim nazivima mogu imati karakter upravnih akata (na primer, obaveštenje stranci da njen podneti zahtev u upravnom postupku nije osnovan). Nije nevažno pitanje od kada počinju da teku pravna dejstva upravnih akata. Logično, od kada je stranka o njima obaveštena, ako to nije neki kasniji datum.

Garantni akt (član 18)

Garantni akt je novina u novom ZUP-u, ali nije i u našem pravnom sistemu. Važan je radi podizanja pravne sigurnosti subjekata i podizanja nivoa poslovnog okruženja i u tom pravcu znatno ubrzava komunikaciju poslovnog sveta sa državnim organima. Kod nas je u primeni kroz odredbu člana 19. Carinskog zakona⁹ o izdavanju garantnih akata kod obavezujućih obaveštenja o poreklu i svrstavanju robe.

Prema zakonskoj definiciji, garantni akt je 1) pisani akt kojim se 2) organ obavezuje da, 3) na zahtev stranke 4) donese upravni akt određene sadržine. Dakle, posle donošenja garantnog akta, upravni akt (iste sadržine kao garantni) donosi se samo po zahtevu stranke. Ukoliko stranka zatraži da se ipak, pored garantnog akta donese upravni akt, organu je olakšan posao jer samo treba da prenese

⁹ "Službeni glasnik RS" br. 18/010, 111/012 i 29/015.

osnovne uslove iz garantnog akta u upravni akt. Prema obavljenim analizama, stranke u carinskom postupku su u velikoj meri prihvatale da se donese garantni akt i bez traženja za donošenje upravnih akata. I to je način da se sam promet kod subjekata značajno ubrza.

Protiv donetog upravnog akta, na traženje stranke, ona može uložiti žalbu, ako smatra da upravni akt nije donet u skladu sa izdatim garantnim aktom. Na taj način se prelazi na redovan postupak zaštite po žalbi i daljoj upravno – sudskoj zaštiti.

Zakon utvrđuje koje su to situacije kada organ nije dužan da izda upravni akt prema izdatom opštem aktu:

- Ako zahtev za donošenje upravnog akta bude podnet po isteku jedne godine od izdavanja garantnog,
- Ako se činjenično stanje vezano za izdavanje upravnog akta razlikuje od onog iz zahteva za izdavanje garantnog,
- Ako je izmenjen pravni osnov na osnovu koga je garantni akt donet (neke zemlje u okruženju – Crna Gora obavezuju na donošenje akta prema kome je pre-stao da važi raniji obavezujući akt, kod nas takav akt donosi Uprava carina u na-vedenom primeru),
- I zbog drugih razloga iz posebnih zakona.

Samo se po sebi razume, da izdati garantni akt ne sme da bude protivan jav-nom interesu niti pravnom interesu trećih lica.

Shodna primena ovog zakona o upravnom aktu se odnosi i na garantni akt što podrazumeva i pravnu zaštitu sve do vođenja upravnog spora.

Upravni ugovor (član 22)

Mada se upravni ugovori u nemačkom i posebno francuskom pravu prime-njuju već preko 80 godina, kod nas predstavljaju važnu novinu u upravnom po-stupanju. Kako novi ZUP kod upravnih ugovora predviđa supsidijarnu primenu odredaba iz Zakona o obligacionim odnosima (za slučaj da nešto nije predviđeno ovim zakonom, prim. autora), odmah treba reći da upravni ugovori nisu ugovori obligacionog prava ni u odnosu na strane koje ga zaključuju, ni prema predmetu i cilju... Neki od zakona koji predviđaju zaključenje upravnog ugovora se već pri-menjuju u našem pravu (Zakon o javnim nabavkama, koncesijama...). Zajednič-ko za sve upravne ugovore je da oni u svojoj suštini podrazumevaju javnu korist za građane i pravna lica. Zato je u njima uvek jedna strana javno-pravni subjekt (što uslovljava i samu sadržinu ugovora – koncesije za autoput, izgradnje vodovo-

da, važnih saobraćajnica).¹⁰ Smatram da su ostvarenje javnog interesa i u krajnjoj liniji korist za građane kao kauza upravnog ugovora morali da budu jače naglašeni u samom tekstu novog ZUP-a. Ovo i zbog toga što se kod upravnih ugovora ne rešava neposredno o pravima, obavezama ili pravnim interesima pojedinaca ili drugih subjekata, što je inače, definicija upravnog akta. Nije unošenje upravnih ugovora u novi ZUP kao novina razlog za zakonsko pojašnjenje već više od toga sadržina samog instituta. Novi ZUP ima u vidu važan institut iz Zakona o obligacionim odnosima koji se tiče izmene upravnog ugovora zbog promenjenih okolnosti. Dakle, ako posle zaključenja upravnog ugovora, zbog okolnosti nastalih posle zaključenja upravnog ugovora, a koje se nisu mogle predvideti u vreme zaključenja, ispunjenje obaveze za jednu ugovornu stranu postane bitno otežano, ta strana može od druge ugovorne strane da zahteva da se ugovor izmeni ili uskladi sa tim novim okolnostima.

I dok ova odredba člana 23. stav 1. novog ZUP-a govori o ugovornim stranama u daljem tekstu (stav 2.) zakonodavac strane ugovornice različito naziva: organ (snabdeven javnim ovlašćenjima) i stranka (druga ugovorna strana). Organ kao ugovorna strana ima mogućnost da odbije zahtev stranke 1) ako nađe da nema uslova za izmenu ugovora ili 2) ako bi izmena ugovora izazvala štetu po javni interes koja bi bila veća od štete koju bi pretrpela stranka. Obaveza da organ odluči u formi rešenja znači izlazak na put pravne zaštite sve do upravnog spora, a to podrazumeva ozbiljne argumente u obrazloženju rešenja.

Razlika upravnog ugovora i ugovora iz Zakona o obligacionim odnosima se najbolje uočava na terenu raskida ugovora. Samo organ ima pravo da raskine ugovor. U tri situacije: 1) ako stranka ne prihvati izmenu ugovora zbog promenjenih okolnosti, 2) ako stranka ne ispunjava ugovorne obaveze, 3) ako je neophodno da bi se otklonila teška i neposredna opasnost po život i zdravlje ljudi... (vanredno ukidanje iz člana 256. prethodnog ZUP-a, prim. autora). Organ raskida ugovor rešenjem. Zakonodavac zahteva da u rešenju o raskidu organ mora jasno da obrazloži razloge za raskid.

Stranka ne može da raskine ugovor. Ona može da uloži prigovor, ako organ ne ispunjava ugovorne obaveze. Zakonodavac na ovom mestu nije (a trebalo je, makar načelno, prim. autora) da ukaže na dalju proceduru po izjavljenom prigovoru. Tako nije urađeno, već je u članu 26. predviđeno da se na upravne ugovore shodno primenjuju ostale odredbe ovog zakona i, rekostmo ranije, supsidijarno odredbe Zakona o obligacionim odnosima. Tu je zakonodavac svakako, mislio na bliže odredbe o prigovorima u delu 6. novog ZUP-a o pravnim sredstvima i razlozima za izjavljivanje prigovora (član 147. stav 1.), da se izjavljuje rukovodiocu or-

¹⁰ Detaljnije: prof. dr Dragoljub Kavra: "Upravni ugovori – obeležja, vrste i razvoj", pravni život br. 11-12, Beograd 1993. god.

gana (član 148. stav 1.), o shodnoj primeni oblika i sadržine žalbe i na prigovor, kao i da se o prigovoru odlučuje rešenjem (član 149. stav 1.) što takođe podrazumeva dalju mogućnost pravne zaštite. Polazeći od ustaljene upravno-sudske prakse da shodna primena ne predstavlja znak jednakosti i da treba da se vodi računa o pravnoj prirodi donetog akta, smatram da je termin "shodna" nepotpuno korišćen u članu 26. i članu 148. stav 2: u pitanju bi trebala da bude mnogo jača i direktnija primena od "shodne"!

Smatram da je dobro rešenje u novom ZUP-u da se o naknadi štete povodom upravnog ugovora odlučuje u upravnom postupku, a da se u eventualnom upravnom sporu ceni zakonitost takvog postupanja. Ovo zbog šire mogućnosti korišćenja dokaznih sredstava (uviđaja, veštačenja...) u upravnom postupku od mogućnosti u upravnom sporu. Zato i na ovom mestu insistiramo na visoko obučanim kadrovima koji o tome mogu da odlučuju.

Podsetićemo, da je i ranije Vrhovni sud Srbije u upravnom sporu odlučivao o zakonitosti oduzimanja koncesije dajući takvom aktu karakter upravnog akta, mada se iz sadašnjeg značenja pojma koncesije radilo o upravnom ugovoru o kome se u to vreme govorilo samo u teorijskim razmatranjima.¹¹

Upravne radnje

Svrstavanjem upravnih radnji u širi kontekst upravnog postupanja upravne radnje dobijaju daleko veći značaj, ali je jači naglasak na njihovoj primeni u praksi. Ti materijalni akti organa koji utiču i od značaja su za prava, obaveze i pravne interese stranaka, ali i druge radnje kojima se izvršavaju pravni akti, u prethodnom ZUP-u su, nekako, bili po strani u odnosu na pravne akte. Novi ZUP u sam pojam upravnih radnji uvodi vođenje evidencija, izdavanje uverenja, pružanje informacija, primanje izjava sa izričitom zakonskom pravnom zaštitom kroz izjavljivanje prigovora, naglašavajući da se prigovor može izjaviti i ukoliko organ ne preduzme radnju koju je dužan da preduzme.

Poseban značaj upravnih radnji u novom ZUP-u uočljiv je i u izmeštanju odredbi o izdavanju uverenja o kojima se vodi službena evidencija i o kojima se ne vodi službena evidencija iz člana 161–162. prethodnog ZUP-a.

I u odnosu na upravne radnje autor nalazi da je zakonodavac, predviđajući ukupnu pravnu zaštitu, trebalo da ide i dalje od mogućnosti izjavljivanja prigovora. Kao da mu je ponestalo daha u čijem odsustvu pravna zaštita nije zaokružena na jednom mestu.

¹¹ Presuda VSS U. 2805/02 od 19.02.2004. godine, Bilten VSS 1/05, Bilten Upravnog suda 1/010.

Pružanje javnih usluga

Pružanje javnih usluga takođe, podrazumeva da se radi o uslugama koje se vrše u javnom interesu, i da nisu neki drugi oblik upravnog postupanja. One predstavljaju 1) obavljanje privredne i društvene delatnosti odnosno poslova za koje je 2) zakonom utvrđeno da se vrše 3) u opštem interesu 4) kojima se obezbeđuje ostvarivanje prava i pravnih interesa, odnosno zadovoljavanje potreba korisnika javnih usluga, a koji ne predstavljaju drugi oblik upravnog postupanja. Bitno je da se usluge pružaju uredno i kvalitetno i pod jednakim uslovima. Primeri bi bili urednost napajanje električnom i toplotnom energijom, snabdevanje građana vodom i slično. I kod ovog postupanja pružaocu usluga koji tu uslugu ne obavlja uredno i kvalitetno, može da se izjavi prigovor. Ostaju iste one primedbe koje su učinjene kod prethodnog upravnog postupanja prema kojima je zakonodavac morao da u daljim odredbama zaokruži ukupnu pravnu zaštitu korisnicima usluga.

*
* * *

Rekosmo na početku referata da se novi ZUP primenjuje od 01.06.2017. godine, osim citirane tri odredbe koje su već stupile na snagu 08.06.2016. godine. Nalazim da je obaveza svih pojedinaca i institucija, koje se u upravnom postupku ili upravnom sporu ozbiljnije bave ovom materijom, da se o ponuđenim rešenjima izjasne pisanom ili usmenom reči preko svih raspoloživih sredstava komunikacija. Stepen tih kreativnih misli sa ponuđenom argumentacijom treba da obezbedi prodor u samu suštinu ovog važnog procesnog zakona, sve do zauzetih pravnih stavova upravnog sudstva. I kroz ovaj rad se nagoveštavaju misli koje treba da budu pretočene u

ZAKLJUČKE

1. Treba pohvaliti zakonodavca što je učinio veliki napor da se donese ovaj, drugi po redu od Drugog svetskog rata, bitan procesni zakon kojim se znatno olakšava pravni položaj pojedinaca i privrednih subjekata.

2. Važno je da svi subjekti u primeni novog ZUP-a promene svest o njegovom značaju i svrsi prema kojima u središtu te primene treba da bude pošten odnos prema stranci u postupanju sa svim njenim pravima i obavezama. Stranka nije ušla u upravni postupak da bi omogućila državnom službeniku da prima platu. Obrnuto, poučavanje stranke o njenim mogućnostima da što lakše ostvari svoja prava i pravne interese i da se kod nalaganja obaveza bira najprikladniji način

uz postizanje svrhe, treba da predstavljaju svakodnevni smisao ispunjavanja radnih obaveza državnih službenika.

3. Označene ciljeve iz prethodnog stava mogu da ispune visoko posvećeni profesionalci obučeni prema najsavremenijim metodama sticanja znanja i njegove praktične primene.

4. Izvršiti nužna usklađivanja novog ZUP-a i ZUS-a.

5. Ubrzati rad na izradi mreže upravnog sudstva, svakako dvostepenog, radi što kvalitetnijeg ostvarivanja prava stranke kroz sudsku ocenu zakonitosti postupanja organa izvršne vlasti. U tom nastojanju akcenat staviti na specijalizaciju sudskih kadrova kao garantu zaštite prava i pravnih interesa stranaka u postupku.

LJUBODRAG PLJAKIĆ

Judge of the Supreme Court of Appeals, retired.

ADMINISTRATIVE PROCEEDING IN THE NEW LAW ON THE GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

The new Law on the General Administrative Procedure (to be applied as of 1 June 2017) is one of five key process laws in Serbia. It is the second law of this kind after the Second World War.

The paper deals with the mode of proceeding in the administrative procedure through passing of administrative acts, guarantee acts, administrative contracts, administrative actions and rendering of public services. In order to round off this topic, previously new principles of the law have been treated which did not exist in the previous law.

The paper should contribute to a better understanding of the law, which is of importance, primarily, for its practical implementation with administrative bodies and administrative jurisdiction.

ZORAN LONČAR,
ALEKSANDAR MARTINOVIĆ,
DARKO GOLIC

MODELI IZBORA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA U DRŽAVAMA BIVŠE JUGOSLAVIJE

U V O D

Centralno pitanje službeničkog sistema, od kog u mnogome zavisi i ostvarivanje same uloge državne uprave, predstavlja način izbora državnih službenika. U suštini, manifestacija državne uprave, njena delatnost i efekti rezultat su njenog personalnog sastava i načina njegove organizovanosti. Među licima koja deluju u okviru državne uprave, obavljajući najrazličitije vrste poslova, sprovodi se diferencijacija prema određenim kriterijumima. Najzastupljenija je podela kadrova u državnoj upravi na: funkcionere, kao politički sloj; službenike, koji poslove u državnoj upravi obavljaju kao osnovno i trajno zanimanje; lica koja privremeno obavljaju određene poslove (ugovorni učesnici); i lica koja obavljaju prateće, pomoćne i tehničke poslove.

Službenički odnos je kao posebanpravni odnos uređen u zakonodavstvima svih država koje su predmet ovog rada. U svakoj od njih, najbrojnija kategorija kadrova u upravi jesu državni službenici. Izuzimajući razlike koje se uočavaju među pojedinim pozitivnopravnim određenjima, u najopštijem, to su lica koja obavljaju osnovne poslove u organima državne uprave, a ne predstavljaju politič-

Dr Zoran Lončar, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Dr Aleksandar Martinović, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Novom Sadu.

Dr Darko Golić, docent Pravnog fakulteta Privredne akademije u Novom Sadu.

ki sloj, odnosno funkcionere.¹ Iako se u pogledu klasifikacija državnih službenika u posmatranim državama može uočiti i određeni nivo standardizacije, u pogledu njihovog izbora je zastupljen čitav niz različitih rešenja, a da se pritom svaki od njih pravda istim ciljem – depolitizacijom, profesionalizacijom i racionalizacijom službeničkog aparata.

U ovom radu su prikazani modeli izbora državnih službenika u državama nastalim na prostoru bivše Jugoslavije. Svaka od njih je od početka devedesetih godina prošlog veka konceptijski promenila svoj službenički sistem. U traganju za novim rešenjima neretko se pristupalo preuzimanju tuđih rešenja, politički odnosi su znatno oblikovali različite aspekte državne uprave i službeničkog sistema, a zajedničko opredeljenje ka evrointegracionim procesima deklarativno je bilo vodilja svim reformskim procesima u ovoj oblasti. Iako su postavljeni ciljevi, prvenstveno obezbeđenje depolitizovane, profesionalne, racionalne i moderne uprave uglavnom bili isti, ove države su se opredelile za različite modele izbora državnih službenika.

VRSTE DRŽAVNIH SLUŽBENIKA

Modeli izbora državnih službenika su prvenstveno opredeljeni vrstama kojima onipripadaju. U nastojanju da se obezbedi depolitizovan i profesionalan službenički sistem u svim državama nastalim na teritoriji bivše Jugoslavije vodilo se računa o jedinstvenim standardima koji postoje u državama Evropske unije.² U najkraćem, oni podrazumevaju smanjenje političkog sloja u korist profesionalnih radnih mesta,³ konkurs kao osnovni način popunjavanja mesta rukovodećeg karaktera i objektiviziranje formalnih uslova za izbor i napredovanje.⁴ Karakteristika svih službeničkih sistema na prostoru bivše Jugoslavije je prilično ujednačen način klasifikacije službenika na *rukovodeće* i *ostale* službenike, s tim što se dodat-

¹ Videti: D. Milkov, *Upravno pravo*, I, Pravni fakultet, Novi Sad, 2013, str. 176-177 i 182.

² Videti: Z. Lončar, D. Vučetić, *European Standards and Public Administration Reform in the Republic of Serbia*, 16th Internacional conference Toulon-Verona "Excellence in Services", Faculty of Administration University of Ljubljana, Slovenia, 29-30. August 2013, pp. 437-439.

³ U Srbiji, Sloveniji, na nivou Bosne i Hercegovine, i u Crnoj Gori su to državni sekretari ili zamenici ministara, u Hrvatskoj su politički funkcioneri i rukovodioci drugih organa uprave, a u Makedoniji sekretari. Videti: G. Virant, "Pravni režim selekcije najviših rukovodećih državnih službenika sa posebnim osvrtom na uređenju u državama na teritoriji bivše SFRJ", *Pravni život*, broj 10, 2011, str. 202-205.

⁴ Videti: Z. Vukašinović-Radojičić, "Evropski principi zapošljavanja javnih službenika", *Pravni život*, broj 10, 2012, str. 299-313.

ne podele ili podele unutar njih formalno razlikuju, mada su uglavnom zasnovane na složenosti poslova i shodno njima formalnim uslovima izbora.⁵

U Srbiji je službenički sistem na republičkom nivou regulisan Zakonom o državnim službenicima iz 2005. godine.⁶ On se odnosi na zaposlena lica u organima državne uprave i drugim državnim organima.⁷ Prema vrsti radnih mesta razlikuju se: 1) državni službenici na *položaju* i 2) državni službenici na *izvršilačkim radnim mestima*.⁸ Državne službenike na položaju postavlja Vlada na period od pet godina.⁹ Državni službenici na izvršilačkim radnim mestima uključuju i rukovodioce užih unutrašnjih jedinica u organu državne uprave. Pravilo je da se oni nalaze u radom odnosu na neodređeno vreme.¹⁰ Konkurs predstavlja osnovni način izbora državnih službenika, ipak, pri popunjavanju upražnjenih radnih mesta

⁵ U komparativnom pravu, pa ni u pravnim sistemima država EU, ne postoje opšteprihvaćena rešenja klasifikacije državnih službenika. Na višem nivou opštosti se mogu uočiti zajednički principi zasnovani na "dobroj praksi" na osnovu kojih se vrše određene komparacije službenika. Videti: D. Šuput, "Klasifikacija državnih službenika u zakonodavstvima različitih država", *Pravni život*, broj 10, 2006, str. 403-424; G. Marčetić, I. Lopužić, "Službenički status javnih službenika u Republici Hrvatskoj i zemljama EU", *Radno i socijalno pravo*, broj 1, 2015, str. 67-76.

⁶ Zakon o državnim službenicima, "Službeni glasnik Republike Srbije", br. 79/2005, 81/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/2009 i 99/20014.

⁷ Na pojedine kategorije državnih službenika, poput policijskih i poreskih službenika, kao i na službenike koji rade na bezbednosnim poslovima i u zavodima za izvršenje zavodskih sankcija, primarno se primenjuju odredbe posebnih propisa, a supsidijarno Zakon o državnim službenicima. Videti: Z. Lončar, Zakon o državnim službenicima, predgovor, Službeni glasnik Republike Srbije, Beograd, 2005, str. 7-12. Nakon više od jedne decenije, 2016. godine je konačno i u Srbiji zaokružena izradnja novog službeničkog sistema, donošenjem Zakona o zaposlenim u autonomnim pokrajinama i jedinicama lokalne samouprave ("Službeni glasnik Republike Srbije", broj 21/2016), kojim je na savremenim osnovama uređen pravni položaj pokrajinskih i lokalnih službenika. Videti: Z. Lončar, "Pravni položaj pokrajinskih službenika", *Radno i socijalno pravo*, Beograd, 2012, broj 1, str. 145-165; Z. Lončar, "Službenički sistem u AP Vojvodini", *Zbornik radova sa III međunarodne konferencije "Razvoj javne uprave"*, Veleučilište "Lavoslav Ružička", Vukovar, 19. i 20. april 2013, str. 161-178.

⁸ Videti: A. Rabrenović, Z. Vukašinović-Radojičić, "Novine u službeničkom sistemu državne uprave Srbije", *Pravni život*, broj 10, 2010, str. 432.

⁹ U ovu vrstu državnih službenika spadaju: pomoćnik ministra, sekretar ministarstva, direktor organa uprave u sastavu ministarstva, pomoćnik direktora organa uprave u sastavu ministarstva, direktor posebne organizacije, zamenik i pomoćnik direktora posebne organizacije, direktor službe Vlade, zamenik i pomoćnik direktora službe Vlade, zamenik i pomoćnik Generalnog sekretara Vlade. Videti: B. Davitkovski, Z. Lončar, A. Pavlovska-Daneva, *Nauka o upravi*, Podgorica, 2012, str. 145.

¹⁰ Izvršilačka radna mesta se razvrstavaju po određenim zvanjima, u zavisnosti od složenosti i odgovornosti poslova, potrebnih znanja i sposobnosti i uslova za rad i to: viši savetnik, samostalni savetnik, savetnik, mlađi savetnik, saradnik, mlađi saradnik, referent i mlađi referent. Videti: B. Davitkovski, Z. Lončar, A. Pavlovska-Daneva, *Nauka o upravi*, Podgorica, 2012, str. 145-146.

prednost imaju drugi načini popunjavanja. Stoga, kao i u većini drugih zemalja, u Srbiji postoji specifična kombinacija karijernog i otvorenog modela izbora.

U *Bosni i Hercegovini*, shodno njenom složenom državnom uređenju, postoje četiri službenička sistema.¹¹ Na svakom od nivoa vlasti rešenja o izbor državnih službenika su konceptualno drugačija. Na nivou BiH postoje dve vrste državnih službenika: 1) *rukovodeći* državni službenici i 2) *ostali* državni službenici.¹² Rukovodeće službenike imenuje nadležna institucija, po pribavljenom mišljenju Agencije za državnu službu, sa liste uspešnih kandidata na javnom konkursu. Ostale državne službenike postavlja Agencija. Slično rešenje postoji i u Federaciji BiH. Zapošljavanje i unapređenje se zasniva na javnom konkursu i profesionalnoj sposobnosti, čime je deklarirana pripadnost principima merit i otvorenog sistema.

Zakonodavstvo *Republike Srpske* sadrži sličnu podelu, ali je potrebno naglasiti da sem ministara, u državnoj upravi ne postoje drugi funkcioneri, što spolja gledano obezbeđuje i izvesan nivo racionalizacije.¹³ Rukovodeće državne službenike, postavlja i razrešava Vlada RS, na osnovu sprovedenog konkursa, na predlog Agencije za državnu upravu, na period od pet godina, a kod ostalih državnih službenika o postavljenju odlučuje rukovodilac organa. Rešenjima o popunjavanju upražnjenih mesta se u znatnojvećoj meri institucionalizuje karijerni sistem. Javni konkurs se oglašava kad radno mesto državnog službenika nije moguće popuniti iz internih resursa.¹⁴

¹¹ Sistemski zakon u ovoj oblasti na nivou BiH je Zakon o državnoj službi u institucijama BiH, ("Službeni glasnik BiH", br. 19/02, 35/03, 4/04, 17/04, 26/04, 37/04, 48/05, 2/06, 32/07, 43/09, 8/10 i 40/12). U Republici Srpskoj je to Zakon o državnim službenicima Republike Srpske ("Službeni glasnik RS", br. 118/2008, 117/2011, 37/2012 i 57/2016). U Federaciji BiH, pored federalnog službeničkog sistema, svaki kanton može da ustanovi i sopstveni službenički sistem (što je potvrđeno i Odlukom Ustavnog suda Federacije BiH - br. U 27/09). Federalni službenički sistem je uređen Zakonom o državnoj službi u Federaciji BiH ("Službene novine Federacije BiH", br. 29/03, 23/04, 39/04, 54/04, 67/05, 8/06 i 04/12). U Brčko distriktu je ova oblast uređena Zakonom o državnoj službi u organima javne uprave Brčko distrikta BiH ("Službeni glasnik Brčko distrikta BiH", broj 9/14).

¹² Rukovodeći državni službenici obavljaju poslove rukovodnog karaktera ili koordinacije. To su: (1) sekretar i sekretar sa posebnim zadatkom i (2) pomoćnik ministra, pomoćnik direktora i glavni inspektor. U ostale državne službenike spadaju: šef unutrašnje organizacione jedinice; stručni savetnik; viši stručni saradnik i stručni saradnik (čl. 7).

¹³ Radna mesta rukovodećih državnih službenika su: pomoćnik ministra, sekretar ministarstva, rukovodilac republičke uprave i republičke upravne organizacije, njihovi zamenici i pomoćnici, glavni republički inspektor, sekretar u Agenciji. Radna mesta ostalih državnih službenika su: inspektor, interni revizor, stručni savetnik, rukovodilac unutrašnje organizacione jedinice, viši stručni saradnik i stručni saradnik (čl. 27).

¹⁴ Videti: P. Kunić, *Upravno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Banjaluci, 2010, str. 207.

Službenički sistem u *Hrvatskoj* je regulisan Zakonom o državnim službenicima iz 2005. godine.¹⁵ Ovaj zakon se odnosi samo na državne službenike, ne i na lokalne i županijske službenike čiji je položaj regulisan posebnim zakonom, iako imaju skoro identičan položaj.¹⁶ Zakon radna mesta državnih službenika klasifikuje na: 1) radna mesta *rukovodećih* službenika; 2) radna mesta *viših*; i 3) radna mesta *nižih* službenika. Detaljna razrada i klasifikacija u okviru ovih kategorija vrši se vladinom uredbom (čl. 74).¹⁷ Karakteristično je da rukovodioci drugih organa uprave imaju status funkcionera. Klasifikacija državnih službenika na pomenute kategorije presudno određuje i način njihovog izbora. Zakon nešto detaljnije, ali ne i potpuno, propisuje uslove za izbor, te metode provere kompetencija kandidata, čime on usvaja koncept merit sistema. Ipak, velika su diskreciona ovlašćenja konkursnih komisija, kao i rukovodilaca organa i Vlade, čime se on fleksibilnije primenjuje.¹⁸

U *Sloveniji* Zakon o javnim službenicima¹⁹ iz 2002. godine sadrži načela koja se odnose na zaposlene u skoro celokupnom javnom sektoru.²⁰ Javni službenik je zajednički pojam za sva lica zaposlena u državnim organima, organima lokalne samouprave i većini javnih službi, dok su činovnici i stručno-tehnički službenici lica koja su zaposlena u državnim organima i organima lokalne samouprave. Pod državnim službenicima se ne smatraju funkcioneri na državnom i lo-

¹⁵ Zakon o državnim službenicima, "Narodne novine", br. 92/05, 142/06, 77/07, 107/07, 27/08, 34/11, 49/11, 150/11, 34/12, 49/12, 37/13, 38/13, 01/15 i 138/15. Značajan broj pitanja je uređen i Uredbom o raspisivanju i provedbi javnog natječaja i internog oglasa u državnoj službi, "Narodne novine", br. 74/10, 142/11 i 53/12.

¹⁶ Videti: J. Omajec, "Status državnih službenika: Pravna stajališta i praksa Europskog suda pravde i Ustavnog suda Republike Hrvatske", Hrvatska javna uprava, broj 2, 2006, str. 47-81.

¹⁷ Veliki broj pitanja koja se tiču službeničkog sistema, posebno izbora državnih službenika, klasifikacije radnih mesta, konkursa, kriterijuma selekcije i sl. u Hrvatskoj je regulisan podzakonskim propisima. Videti: Z. Pičuljan, "Novosti u hrvatskim propisima o državnim službenicima", Hrvatska javna uprava, broj 4, 2006, str. 19-33.

¹⁸ Videti: G. Marčetić, A. Musa: "Europeizacija službeničkog prava: usklađivanje hrvatskog zakonodavstva sa europskim standardima", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj 3, 2013, str. 733-740.

¹⁹ Zakon o javnim službenicima, "Službeni list Republike Slovenije", br. 32/2006 – prečišćeni tekst.

²⁰ Javni sektor po definiciji ovog zakona obuhvata državne organe, organe lokalnih samouprava, javne agencije, javne fondove, javne zavode i javne privredne zavode, druga lica javnog prava koja su korisnici budžeta. Međutim, zakonski izraz "javni sektor" ne obuhvata i sve one organizacione forme, koje se u teoriji obično podvode pod njega, kao što su: javna preduzeća, koncesione službe, kao i privatno-pravna lica koja imaju javna ovlašćenja. Videti: S. Dujić, "Pravni položaj javnih službenika u Republici Sloveniji", Moderna uprava, Banja Luka, broj 2, 2009, str. 21-22.

kalnom nivou. Kriterijum klasifikacije činovnika je složenost poslova nekog radnog mesta, a vrši je Vlada. Rukovodeća mesta činovnika nazivaju se *položaji* i široko su definisani.²¹ U pogledu izbora činovnika, pored decentralizovanosti izbora, u većoj meri je zastupljen karijerni sistem. Popunjavanje upražnjenih radnih mesta činovnika se vrši prvenstveno iz raspoloživih resursa u okviru zakonom definisanog javnog sektora.

Službenički sistem u *Makedoniji* je regulisan Zakonom o administrativnim službenicima i Zakonom o zaposlenim u javnom sektoru.²² U pogledu statusa državnih službenika u značajnom broju rešenja postoji prilično originalan pristup, koji se odnosi i na način njihovog izbora i napredovanja.²³ Profesionalizacija službeničkog aparata se zasniva na detaljno uređenim postupcima selekcije, stalnosti, centralizovanom planiranju i decentralizovanom izboru. U nešto većoj meri se institucionalizuje otvoreni model, mada su ipak dominantni elementi karijernog sistema. Službenički sistem je dodatno uobličen rešenjima o adekvatnoj zastupljenosti pripadnika različitih nacionalnih zajednica, osobenim modelom konsocijalizma.²⁴

Službenički sistem u *Crnoj Gori* je uređen Zakonom o državnim službenicima i namještenicima iz 2011. godine.²⁵ On se odnosi na zaposlene u državnim organima, a shodnose primenjuje i na lokalne službenike.²⁶ U Crnoj Gori domi-

²¹ U okviru ministarstva, kao osnovnog organizacionog oblika organa uprave, položaji su: generalni direktor direktorata, generalni sekretar i rukovodilac organizacione jedinice. Kada su u pitanju organi u sastavu ministarstva ili samostalne upravne organizacije položaji su: direktor i rukovodioci sektora. U upravnim jedinicama položaji su načelnik i rukovodioci unutrašnje organizacione jedinice. U vladinim službama položaji su direktor i rukovodioci unutrašnje organizacione jedinice. Pored navedenih, položaji su i zamenici i pomoćnici generalnog sekretara ministarstva i direktora organa u sastavu ili upravne organizacije (čl. 80).

²² Zakon o administrativnim službenicima i Zakon o zaposlenim u javnom sektoru, "Službeni list Republike Makedonije", br. 27/2014.

²³ Radna mesta administrativnih službenika klasifikuju se u četiri kategorije, i to: kategorija A – sekretari; kategorija B – rukovodni administrativni službenici; kategorija V – stručni administrativni službenici i kategorija G – pomoćni stručni administrativni službenici. U okviru svake kategorije Uredbom se utvrđuje više nivoa radnih mesta administrativnih službenika.

²⁴ Posebna specifičnost službeničkog sistema u Makedoniji se ogleda i u tome što je Amannom VI na Ustav Makedonije, koji je deo implementacije Ohridskog sporazuma, predviđena adekvatna i pravična zastupljenost građana koji pripadaju različitim nacionalnim zajednicama u organima vlasti i drugim javnim institucijama na svim nivoima vlasti. Videti: B. Davitkovski, Analiza: Pravni aspekti implementacije Ohridskog sporazuma, Skoplje, 2014.

²⁵ Zakon o državnim službenicima i namještenicima, "Službeni list Crne Gore", broj 39/2011, 50/2011, 66/2012 i 34/2014.

²⁶ Videti: B. Davitkovski, Z. Lončar, A. Pavlovska-Daneva, Nauka o upravi, Podgorica, 2012, str. 144-145.

nantnije postoji otvoreni (ugovorni) model jer konkurs predstavlja osnovni način izbora državnih službenika, a kod viših kategorija i isključivi. Uslovi i postupak izbora zavise od vrste državnih službenika, u meri da se on sa normativnog staništa može podvesti pod merit sistem. Razlikuju se četiri vrste državnih službenika: *visoko-rukovodni kadar*, *ekspertsko-rukovodni kadar*, *ekspertski kadar* i *izvršni kadar*. U okviru svake od navedenih kategorija postoji nekoliko nivoa radnih mesta sa odgovarajućim zvanjima (čl. 2). Rešenje o postavljenju visoko-rukovodnog kadra uvek donosi Vlada, na predlog starešine organa, nakon sprovedenog konkursa, na period od pet godina.

NAČINI IZBORA DRŽAVNIH SLUŽBENIKA

Osnovna dilema u načinu izbora državnih službenika tiče se dostupnosti njihovih radnih mesta. S obzirom na dostupnost radnih mesta državnih službenika licima van državne uprave, razlikuju se *karijerni* i *otvoreni* model. Kod karijernog modela, radna mesta državnih službenika koja se nalaze na dnu hijerarhijske lestvice se popunjavaju putem javnog konkursa i dostupna su i licima izvan javnog sektora, dok su viša radna mesta rezervisana za lica koja su već zaposlena u upravi (javnom sektoru), putem raspoređivanja ili napredovanja (otvorenog ili redovnog). Uslovi (posebno stručno obrazovanje i obuka), kriterijumi i postupci napredovanja su uvek propisani zakonom.²⁷ Kod otvorenog modela sva radna mesta se popunjavaju na osnovu javnog konkursa. Na više radno mesto može se preći samo putem učešća na javnom konkursu, bez privilegovanja postojećih kadrova, čime se obezbeđuje potpuna konkurencija pri izboru službenika.²⁸ Ipak, u čistom obliku nijedan od pomenutih modela nije primenjen, kao što i deklarisanost konkurencije pri zapošljavanju jedan konkretan model izbora sam po sebi ne čini otvorenim. Primer za ovakav stav su i analizirane države nastale na teritoriji bivše Jugoslavije. U svakoj od njih je konkurs osnovni način popunjavanja radnih mesta. Taj princip je doslednije primenjen na rukovodeća radna mesta, s tim što i

²⁷ Moguće prednosti ovog modela su stabilnost, kvalitet koji proističe iz iskustva i veće motivisanosti službenika, manji nivo političkih postavljenja itd. Države koje ga u većoj meri praktikuju su danas Francuska, Nemačka, Austrija, Belgija, Grčka, Mađarska, Irska, Španija, Portugal, Rumunija itd. Videti: B. Davitkovski, Z. Lončar, A. Pavlovska-Daneva, Nauka o upravi, Podgorica, 2012, str. 141-166; Z. Vukašinović-Radojičić, B. Stojanović, "Profesionalizacija državne uprave u Srbiji", Pravni život, broj 3-4, 2006, str. 81-99.

²⁸ Ovaj model omogućava kontinuirano prilagođavanje razvoju tržišta rada i posebnim potrebama i uslovima u različitim delovima uprave. Zemlje u kojima je dominantnije zastupljen ovaj sistem su: Danska, Finska, Češka, Holandija i Britanija. Videti: A. Ilić, "Pojam i vrste službeničkih sistema", Strani pravni život, broj 1-2, 2012, str. 277-289.

tu postoje razlike tako što se negde prednost daje internom konkursu. Kod izvršilačkih mesta skoro uvek se popunjavanje vrši prvenstveno iz postojećih resursa, s tim što unapređenje kao način popunjavanja u nekim državama nije uopšte predviđeno. Ovo rešenje je i rezultat nastojanja da se službenički sistem racionalizuje.

U Srbiji, izbor državnog službenika na položaj može se izvršiti na osnovu *internog ili javnog konkursa*, pri čemu je interni konkurs uvek obavezan ako položaj popunjava Vlada. Ako Vladi ne bude predložen nijedan kandidat od onih koji ispunjavaju uslove ili ako Vlada ne izabere predloženog kandidata raspisuje se novi javni konkurs (čl. 66-75). Izbor državnih službenika na izvršilačko radno mesto se može izvršiti na četiri načina: *premeštajem unutar istog organa, premeštajem po osnovu sporazuma o preuzimanju, premeštajem iz drugog državnog organa po sprovedenom internom ili javnom konkursu*. Prednost uvek ima premeštaj državnog službenika iz istog organa. Ako se radno mesto ne popuni ovakvim premeštajem, rukovodilac organa može sprovesti postupak preuzimanja državnog službenika iz drugog državnog organa. U slučaju ako se radno mesto ni tako ne popuni, sprovodi se interni konkurs. Ako on nije sproveden ili je sproveden neuspešno, obavezan je javni konkurs. Ako ni javni konkurs ne uspe, radno mesto se tad ne popunjava, već rukovodilac organa može odlučiti da ponovo sprovede postupak popunjavanja radnog mesta prema istovetnom redosledu radnji (čl. 49-54).

Radna mesta u državnom organu u *Crnoj Gori* se mogu popuniti na četiri načina: *internim oglasom unutar državnog organa, internim oglasom između državnih organa, javnim oglasom i javnim konkursom*, zavisno od vrste državnih službenika koji se primaju. Popunjavanje radnih mesta državnih službenika koji pripadaju kategoriji visoko rukovodnog kadra vrši se isključivo na osnovu javnog konkursa. Popunjavanje početnih pozicija u okviru kategorije ekspertskog kadra (samostalni savjetnik III, inspektor III, ovlašćeno službeno lice III, viši savjetnik III i savjetnik III) i izvršnog kadra (referent), vrši se isključivo na osnovu javnog oglasa. Popunjavanje ostalih radnih mesta sprovodi se najpre putem internog oglasa unutar državnog organa, pa ako se radno mesto ne popuni, popuna se vrši putem internog oglasa između državnih organa. Ukoliko radno mesto i dalje ostane nepopunjeno, popuna se vrši putem javnog oglasa (čl. 16). Ovaj sistem, dakle, zbog načina popunjavanja mesta koja su viša u hijerarhiji, u većoj meri se zasniva na otvorenom modelu izbora.

Na nivou *Bosne i Hercegovine* predviđena su četiri načina popunjavanja upražnjenih radnih mesta, a to su: 1) *interni premeštaj*, 2) *interno oglašavanje*, 3) *eksterni premeštaj* i 4) *javno oglašavanje*. Unapređenje nije predviđeno kao način popunjavanja upražnjenih mesta. Ono se vrši isključivo putem javnog konkursa, što je odlika otvorenog modela. Ukoliko se putem internog premeštaja državnog

službenika koji je zaposlen na sličnom radnom mestu u instituciji, o kome inače odlučuje rukovodilac institucije, upražnjeno mesto ne može popuniti, sprovodi se interno oglašavanje. Interno oglašavanje se svodi samo na zaposlene u toj instituciji koji ovim putem mogu da popune upražnjeno radno mesto. Ukoliko se interni premeštaj na ovaj način ne može sprovesti, Agencija za državnu službu je dužna da pokuša popuniti upražnjeno mesto eksternim premeštajem prekobrojnog službenika koji je na sličnom položaju u drugoj instituciji (čl. 19, st. 2). Eksterni premeštaj na predlog, odnosno uz saglasnost rukovodilaca institucija, vrši Agencija. Tek u slučaju da on nije moguć, upražnjeno mesto se javno oglašava.

U *Republici Srpskoj* javni konkurs predstavlja jedini način zasnivanja radnog odnosa u republičkim organima uprave. Pored toga, popunjavanje upražnjenih radnih mesta državnih službenika vrši se i: a) *aktom o postavljenju vršioca dužnosti do 90 dana*, b) *internim oglašavanjem*, v) *napredovanjem u službi*, g) *raspoređivanjem* i d) *premeštanjem*. Ovi načini popunjavanja se vrše iz reda zaposlenih u republičkim organima uprave, njenih internih resursa. Javni konkurs se oglašava kad radno mesto državnog službenika nije moguće popuniti iz internih resursa, sem kod rukovodećih državnih službenika koji se biraju na osnovu javnog konkursa.

U *Makedoniji* ne postoje suštinske razlike u pogledu načina izbora administrativnih službenika različitih kategorija. Dominantan je karijerni model. Popunjavanje se vrši se na tri načina: 1) *zapošljavanje lica van javnog sektora*; 2) *unapređenje* i 3) mobilnost putem *raspoređivanja* ili *preuzimanja*.²⁹ Postupak novog zapošljavanja počinje objavom javnog oglasa, a u postupku selekcije bira se kandidat sa najboljim referencama za radno mesto. Postupak za unapređenje počinje objavom internog oglasa, a u postupku selekcije se bira najbolji kandidat iz reda zaposlenih u toj instituciji i prelazi na radno mesto višeg nivoa. Mobilnost se sprovodi u formi raspoređenja u istoj, odnosno preuzimanja zaposlenog na isti nivo u drugoj instituciji.³⁰

²⁹ Specifičnost službeničkog sistema u Makedoniji ogleda se i u tome što rukovodilac institucije priprema godišnji plan za zapošljavanje službenika koji podleže saglasnosti Ministarstva finansija i Sekretarijata za sprovođenje Ohridskog okvirnog ugovora. Videti: A. Pavlovska-Daneva, E. Davitkovska, Službenički sistem, Skopje, 2012, str. 190-193.

³⁰ U Makedoniji je postupak selekcije prijavljenih kandidata kod javnog oglasa detaljno uređen, višeslojan i dosta originalan. Sastoji se od četiri faze: 1) administrativna selekcija; 2) ispit za administrativnog službenika; 3) provera verodostojnosti dokaza i intervju i 4) test ličnosti. Komisija za selekciju na kraju deli ranglistu na podliste po pripadnosti nacionalnim zajednicama. U postupku zapošljavanja komisija za selekciju bira najbolje rangiranog kandidata sa odgovarajuće podliste i prelaže ga instituciji. Sekretar, odnosno rukovodilac tamo gde se sekretar ne postavlja, donosi odluku o izboru. Videti: B. Davitkovski, A. Pavlovska-Daneva, E. Davitkovska, D. Gocevski, "Specifič-

Slobodna radna mesta nerukovodećih državnih službenika u *Hrvatskoj* se popunjavaju: 1) *javnim konkursom*; 2) *internim oglasom*; 3) *napredovanjem*; 4) *premeštajem* i 5) *rasporedom u skladu sa Zakonom*. Iako iz ovakvog redosleda može proizaći zaključak o važnosti javnog konkursa, ipak se ostali metodi popunjavanja slobodnih mesta prioritetno koriste.³¹ Naime, pre nego što se raspiše konkurs, državni organ je dužan da se obavesti kod centralnog tela državne uprave nadležnog za službeničke odnose o raspoloživim službenicima koji ispunjavaju uslove za izbor. Ukoliko ima takvih lica, pristupa se proveru njihovih kompetencija. Tek ako nijedan od njih ne ostvari zadovoljavajuće rezultate pristupa se drugim načinima izbora. Ukoliko na konkursu bude izabrano lice koje radi u državnom organu, prvo se traži saglasnost rukovodioca tog organa, a po njenom dobijanju donosi se rešenje o raspoređivanju. U slučaju javnog ili internog konkursa, rukovodilac organa imenuje konkursnu komisiju, u kojoj je i predstavnik središnjeg tela za službeničke odnose, koja na osnovu provere njihovih sposobnosti sačinjava listu kandidata koji ispunjavaju propisane uslove. Izbor se vrši sa liste od deset najuspešnijih kandidata utvrđenih na osnovu testiranja i intervjuisanja. Rešenje o prijemu donosi rukovodilac organa, a o eventualnoj žalbi odlučuje Odbor za državnu službu. Ukoliko se na javnom konkursu izabere lice koje nije zaposleno u državnom organu, prvo se donosi rešenje o prijemu u državnu službu, a po njegovoj konačnosti rešenje o raspoređivanju na radno mesto.³²

U pogledu izbora službenika u *Sloveniji*, pored decentralizovanosti, u većoj meri je zastupljen karijerni sistem. Popunjavanje upražnjenih radnih mesta službenika se vrši iz raspoloživih resursa iz javnog sektora, prvenstveno *premeštajem*. Ako do premeštaja ne može doći zbog toga što prekobrojni službenik ne ispunjava uslove za rad na mestu koje je slobodno u istom organu, njemu se obezbeđuje prekvalifikacija ili dokvalifikacija. U slučaju da u organu nema odgovarajućeg radnog mesta, može se premestiti na radno mesto sa zvanjem u istom karijernom ra-

na načela za zapošljavanje u administraciji u Republici Makedoniji", Radno i socijalno pravo, broj 1, 2015, str. 29-64.

³¹ To je prvenstveno premeštaj na mesto za koje se traži isti nivo obrazovanja i iskustva. O njemu odlučuje rukovodilac organa, na osnovu sopstvene procene. Na osnovu sporazuma do premeštaja može doći i između različitih organa, čak i različitih nivoa vlasti, ako to zahtevaju potrebe službe (čl. 76 i 76a). Videti: G. Marčetić, A. Musa: "Europeizacija službeničkog prava: usklađivanje hrvatskog zakonodavstva sa europskim standardima", Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, broj 3, 2013., str. 737-740.

³² Odlučivanje o raspoređivanju na radno mesto i o drugim pravima i obavezama državnih službenika, uključujući i prestanak službe prema Zakonu predstavlja upravnu stvar (čl. 63). Ipak, odlučivanje o prijemu u državnu službu nije izričito određeno kao upravna stvar, mada je praksa prihvata kao takvu. Videti: G. Marčetić, I. Lopužić, "Službenički status javnih službenika u Republici Hrvatskoj i zemljama EU", Radno i socijalno pravo, broj 1, 2015, str. 79.

zredu, ili na radno mesto u zvanju prvog nižeg karijernog razreda. Ukoliko ni to nijemoguće, vrši se popunjavanje premeštajem iz drugog organa koji spada u javni sektor, kada se zapravo sprovodi *interni konkurs*. Ukoliko putem ova dva načina ne dođe do popune, pristupa se popunjavanju službeničkog mesta novim zapošljavanjem putem *javnog konkursa*.³³ Proces ocenjivanja osposobljenosti kandidata može biti na više načina i kroz više faza koje su eliminatornog karaktera (ocena na osnovu priložene dokumentacije, pismeni test, usmeni intervju) da bi se izabrao kandidat sa najboljim rezultatom. Ukoliko ni jedan od kandidata ne zadovolji propisane kriterijume konkurs se ponavlja. Izabrani kandidat se imenuje u određeno zvanje u roku od osam dana od dana konačnosti odluke o izboru te mu se u roku od sledećih osam dana mora ponuditi ugovor o zapošljavanju. Ukoliko u roku od 30 dana ugovor ne bude sklopljen zato što kandidat to odbija ukida se odluka o izboru.

CENTRALIZOVANOST IZBORA

Uvođenje posebnog organa ili službe sa nadležnošću u vezi sa izborom službenika predstavlja jedno od najvažnijih sredstava depolitizacije službeničkog sistema. Suštinska razlika među analiziranim službeničkim sistemima u državama nastalim na teritoriji bivše Jugoslavije tiče se centralizovanosti izbora, odnosno uloge tog posebnog, specijalizovanog tela ili organa u izboru državnih službenika. U centralizovanom modelu postupak izbora državnih službenika sprovodi poseban, specijalizovani organ koji oglašava slobodna radna mesta, sprovodi testiranje i rangiranje kandidata, na osnovu koga rukovodilac organa odnosno vlada kod rukovodećih kadrova, donosi odluku o konačnom izboru, ali na osnovu utvrđene liste uspešnih kandidata. Strožija varijanta ovog sistema podrazumeva da specijalizovani organ neposredno donosi odluku o izboru. Osnovna karakteristika decentralizovanog izbora jeste da organ uprave samostalno raspisuje konkurs za novo zaposlenje i vrši konačan izbor kandidata, na osnovu unapred propisanih kriterijima. Ipak, u komparativnom pravu se danas retko mogu uočiti čisti modeli izbora, pre se pristupa njihovoj kombinaciji, sa pretežnošću elemenata nekog od njih. U analiziranim sistemima država bivše Jugoslavije se mogu uočiti različite kombinacije elemenata ovih modela, zavisno od vrste državnih službenika, s tim da je uvek jedan od njih dominantniji. Centralizovani model je dominantan na

³³ Jedna od specifičnosti službeničkog sistema u Sloveniji ogleda sa i u tome što državni službenici i drugi javni službenici radni odnos zasnivaju potpisivanjem ugovora o zapošljavanju. Viđeti: S. Dujić, "Pravni položaj javnih službenika u Republici Sloveniji", *Moderna uprava*, broj 2, 2009, str. 29.

nivou Bosne i Hercegovine, a decentralizovani u Makedoniji, dok je u Srbiji, Republici Srpskoj, Sloveniji, Hrvatskoj i Crnoj Gori prisutna kombinacija, sa dominantnim decentralizovanim izborom kod izvršilačkih i centralizovanim kod rukovodećih radnih mesta.

Službenički sistem na nivou *Bosne i Hercegovine* predstavlja jedan od najcentralizovanijih modela izbora. Centralizovanost se pravda potrebom za obezbeđenjem profesionalnog službeničkog aparata, ali svoj dublji osnov ima u složenosti ustavnog sistema, nacionalnoj i političkoj podeljenosti, te nastojanju da se uspostavi manje politici podložan službenički sistem. Ključnu ulogu u postupku izbora državnih službenika ima Agencija za državnu službu. Rukovodeće državne službenike imenuje nadležna institucija (Savet ministara), po prethodno pribavljenom mišljenju Agencije, sa liste uspešnih kandidata na javnom konkursu. Ukoliko se imenovanje ne izvrši u roku od 30 dana od dana prijema mišljenja Agencije, ona će po službenoj dužnosti imenovati najuspešnijeg kandidata. Specifičnije na nivou BiH da se rukovodeći državni službenici biraju na neodređeno vreme. Ostale državne službenike postavlja Agencija na osnovu rezultata koje je kandidat postigao u izbornom postupku. Ona raspisuje konkurs i imenuje komisije za izbor.³⁴ Komisija bira kandidate na osnovu profesionalnih sposobnosti procenjenih putem konkursa. Podzakonskim aktima se određuje sistem dodele bodova. Čak i eksterni premeštaj državnog službenika na slično radno mesto, na predlog ili uz saglasnost rukovodilaca institucija, vrši Agencija, dok se unapređenje vrši isključivo putem konkursa. Osnovni problem ovog modela se sastoji u njegovoj inkompatibilnosti sa načelom podela vlasti i političke odgovornosti, jer Agencija za državnu službu ne odgovara Parlamentarnoj skupštini, a koncentriše osnovne politike kadrovske politike.

U Republici Srpskoj, pak, postoji centralizovani model izbora rukovodećih i korigovani decentralizovani model izbora ostalih državnih službenika. Sastav konkursne komisije, koju imenuje Agencija, umanjuje tendenciju centralizacije izbora i kompenzuje odsustvo formalne uloge ministara u izboru. Naime, komisiju sačinjava pet članova, od kojih su tri člana državni službenici iz republičkih organa uprave na koje se konkurs odnosi. Dva člana se imenuju sa liste koju utvrđuje Agencija. U slučaju izbora kandidata za rukovodioca republičke uprave ili republičke upravne organizacije tri člana komisije predlaže ministarstvo u čijem su sastavu, odnosno Vlada za one uprave i upravne organizacije koje za svoj rad

³⁴ Komisiju za izbor sačinjava pet članova, od kojih su dva člana državni službenici iz institucije na koju se javni konkurs odnosi, dok se ostala tri člana imenuju sa liste eksperata koju utvrdi Agencija, čime je osnažena njena uloga, s namerom umanjenja političkog uticaja. Slično je i u Srbiji, gde je kod izbora na položaj konkursna komisija sastavljena od dva eksterna člana i jednog iz organa u kome se vrši izbor.

odgovaraju Vladi. S obzirom na to da o napredovanju odlučuje rukovodilac organa, dodatno je potvrđena decentralizovanost.

U pogledu izbora državnih službenika u *Srbiji*, može se govoriti o kombinaciji elemenata centralizovanog i decentralizovanog sistema. Centralizovanost se, pored oglašavanja konkursa od strane Službe za upravljanje kadrovima, ogleda u nadležnosti Visokog službeničkog saveta da imenuje konkursnu komisiju koja sprovedi konkurs i rangira kandidate za rukovodeće službenike. Samo tri prvorangirana kandidata mogu biti predloženi za postavljenje. Takođe, postavljenje vrši Vlada, ali na predlog ministra ili drugog rukovodioca organa uprave, koji nije dužan da predloži izbor nijednog od ta tri kandidata, čime je obezbeđen upliv elemenata decentralizovanog modela. U pogledu izbora državnih službenika na izvršilačkim mestima u celosti je zastupljen decentralizovani model, u kome odluku o prijemu donosi rukovodilac organa uprave, na osnovu sprovedenog konkursa. On sam imenuje konkursnu komisiju.

U *Makedoniji* se izbor službenika zasniva na centralizovanom planiranju i kontroli,³⁵ te decentralizovanom izboru, čak i rukovodećih službenika. Postupak selekcije prijavljenih kandidata kod javnog oglasa je detaljno uređen, višeslojan i dosta originalan. Komisija za selekciju bira najbolje rangiranog kandidata sa odgovarajuće podliste i prelaže ga instituciji. Sekretar, odnosno rukovodilac, donosi odluku o izboru. Postupak selekcije za unapređenje, koje se vrši putem internog konkursa, sastoji se od dve faze: administrativna selekcija i intervju. Na osnovu bodova sa selekcije, komisija koju imenuje sekretar sastavlja finalnu ranglistu i predlaže prvorangiranog kandidata sekretaru. Zakonodavac je ostavio mogućnost da sekretar donese odluku da ne izabere predloženog kandidata, ali mora da obrazloži takvu odluku. Posle ovakve odluke, postoji mogućnost da se ponovi interni oglas, pre raspisivanja javnog. Ovakva zakonska mogućnost otvara prostor samovolji funkcionera.³⁶

³⁵ Organi koji su u Makedoniji nadležni za pitanja administrativnih službenika su: Ministarstvo za informatičko društvo i administraciju (MIDA), Ministarstvo finansija, Sekretarijat za sprovođenje Okvirnog ugovora iz Ohrida i Agencija za administraciju. MIDA izdaje saglasnost na akte o sistematizaciji radnih mesta, vodi Katalog radnih mesta i Registar zaposlenih u javnom sketoru. Agencija za administraciju je nadležna za objavljivanje oglasa za zapošljavanje, vođenje evidencije kandidata. Najvažnija nadležnost Agencije jeste vođenje drugostepenih postupaka po žalbama i prigovorima administrativnih službenika. Sekretarijat za okvirni ugovor iz Ohrida izdaje saglasnost za nova zapošljavanja. Videti: A. Pavlovska-Daneva, E. Davitkovska, *Službenički sistem*, Skopje, 2012, str. 210-216.

³⁶ Videti: B. Davitkovski, A. Pavlovska-Daneva, E. Davitkovska, D. Gocevski, "Specifična načela za zapošljavanje u administraciji u Republici Makedoniji", *Radno i socijalo pravo*, broj 1, 2015, str. 61-62.

Opšte obeležje izbornog modela državnih službenika u *Hrvatskoj* je decentralizovanost. Rukovodeći državni službenici se imenuju i razrešavaju od strane Vlade, na predlog rukovodioca organa, na period od četiri godine, nakon sprovedenog konkursa, sa liste uspešnih kandidata. Konkursnu komisiju imenuje predsednik Vlade, ministar ili drugi rukovodilac državnog organa. Karakteristično je da, iako postoji središnje telo državne uprave za službeničke odnose, ono je samo pomoćnog karaktera, mada participira u konkursnim komisijama. Hrvatska, dakle, nema posebno telo nadležno za selekciju nerukovodećih državnih službenika. Postupak selekcije koji može da bude interni ili javni vrši komisija koju formira organ koji vrši zapošljavanje. Izabrani kandidat se prima u državnu službu rešenjem rukovodioca organa ili drugog ovlašćenog službenog lica.

ZAKLJUČAK

Vrednosti na kojima se oblikuje savremeni pravni sistem i savremeno shvaćanje vladavine prava suštinski se odražavaju na državnu upravu, postavljajući pred nju, između ostalog, zahteve profesionalizacije, depolitizacije, predvidivosti, javnosti, efikasnosti itd. U njenom organizacionom aspektu kao najosetljivije pitanje se javlja način izbora državnih službenika, te pitanja koja iz njega proističu, kao što je napredovanje, nagrađivanje, odgovornost itd. Iako se standardi koji se postavljaju pred državnu upravu mogu realizovati putem vrlo različitih rešenja, njihova međusobna kombinacija, uslovljenost, efektivnost i primenljivost u datim okolnostima, određenim političkim odnosima, tradicijom, ekonomskim odnosima, razvojem isl. , zahtevaju kontinuiranu pažnju i nadogradnju. Praksa primene različitih modela izbora je neretko iznedrila veoma originalna rešenja, evoluirajući od jednog ka drugom modelu u sasvim osobene primere. U državama bivše Jugoslavije koje su bile predmet analize uočava se čitav niz različitih rešenja. Ta rešenja su negde samo varijacije unutar istog modela (Srbija, Slovenija, nivo Republike Srpske), negde su primenjeni potpuno drugačiji, noviji ili originalni modeli (nivo BiH, Makedonija, donekle i Crna Gora), a negde se neguje stariji koncept sa originalnijim rešenjima u pojedinostima (Hrvatska).

Svaka od pomenutih država usvaja podelu na rukovodeće i ostale službenike, s tim što ih nešto drugačije određuje ili dalje klasifikuje (posebno Makedonija i Crna Gora). U svakoj od njih je prisutna tendencija da se proklamuje stručnost, naznače uslovi prijema u službu, umanju politički prizvuk izbora, obezbedi stalnost na nižim (i srednjim) nivoima radnih mesta državnih službenika, izdvoji javni konkurs kao osnovni metod izbora. Na ovaj način se želi deklarirati pripadnost modelima merit sistema. Ipak, kriterijumi i postupak izbora u većoj ili ma-

njoj meri ostavljaju izvestan prostor i određenoj političkoj proceni u konačnom izboru, s tim da je ona negde znatno sužena (nivo BiH, manje Crna Gora i Srbija), a negde je znatno šira (Slovenija, Hrvatska). Takođe, rešenja koja prednost daju drugim metodama popunjavanja upražnjenih mesta u odnosu na javni konkurs znatno umanjuju njegovu otvorenost i uvode elemente karijernog modela, čime se potvrđuje da teorijski modeli retko kad imaju originalnu primenjenost, jer praksa nameće potrebu evolucije svakog od njih. Iako u Evropi danas postoji tendencija centralizacije izbora državnih službenika, naročito viših u hijerarhiji, u analiziranim državama nastalim na teritoriji bivše Jugoslavije tu postoje najrazličitija rešenja. Bosna i Hercegovina sa izrazito centralizovanim i Hrvatska i Makedonija sa više decentralizovanim modelom predstavljaju krajnosti. Neki nivo standardizacije ide u pravcu centralizacije izbora, manje kod nižih (izvršilačkih) i više kod rukovodećih službenika. Ipak, postoji veliki raspon mogućih rešenja i u okviru ovih modela, od broja uključenih subjekata, postupka, uloge specijalizovanih organa, širine diskrecione ocene, (ne)stalnosti radnog odnosa, modela napredovanja, ocenjivanja itd.

U svakom slučaju, opredeljenje zakonodavca za konkretan model izbora državnih službenika, kao i njegovo nijansiranje, te kombinovanje različitih modela, ne znači ništa u pogledu vrednosnog određenja konkretnog službeničkog sistema. Pripadnost različitim modelima sama po sebi ne čini neki od obrađenih sistema boljim ni lošijim od drugih.

ZORAN LONČAR, Ph.D.,

Associate Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

ALEKSANDAR MARTINOVIĆ, Ph.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Novi Sad

DARKO GOLIC, Ph.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law for Commerce and Judiciary in Novi Sad

MODELS OF CIVIL SERVANTS SELECTION IN STATES OF THE FORMER YUGOSLAVIA

Summary

Although the aims of reform of the civil service system in the countries of the former Yugoslavia were mostly the same, they have opted for different models of electing civil servants. Despite the differences, different models are justified with need to depoliticization, professionalism and rationalization of the civil services. Selection models can be classified according to many crite-

ria. However, theoretical models are rarely applied in its pure, even dominant form. The practice of their application is often spawned a very original solutions, evolving from one model to another in a very distinctive patterns. In countries that are the subject of analysis reveals a number of different solutions. Somewhere we have just variations within the same model, but somewhere have been applied completely different models, with a number of original solutions. In short, they imply a reduction of the political class in favor to professional jobs, competition as the main way in selection of leading positions, completing the rest of the civil service positions primarily from the available personnel, regulation of competition procedures and objectifying the formal requirements for selection and promotion. The main difference stems from a different approach in eliminating political interference in selection, but essential feature is that this interference is not on anyone of them completely eliminated, which, itself, does not jeopardize the fundamental value of depoliticized administration. Commitment of legislator for a specific selection model of civil servants, as well as its toning and combining different models, does not mean much in terms of value defining a specific civil service system. Belonging to different models by itself does not do any of the analyzed system better or worse than others.

*BORČE DAVITKOVSKI,
ANA PAVLOVSKA-DANEVA,
IVANA ŠUMANOVSKA-SPASOVSKA,
ELENA DAVITKOVSKA*

NOVI ZAKON O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU U REPUBLICI MAKEDONIJI I NJEGOVA PRIMENJIVOST

U V O D

U modernim demokratskim državama, mogu da se izdvoje tri opšta cilja upravnog postupka: da se promovišu formalne garancije za prava pojedinaca njihovom primenom na principu zakonitosti, da se obezbede formalne garancije zaštite javnog interesa preko insistiranja transparentnih procedura, čime će se omogućiti, do izvesnog stepena, kontrola nad radom administracije; kao i da se stvore uslovi za kapitalne investicije i privredni razvoj obezbeđivanjem odgovornih i predvidivih procedura, što će rezultirati povećanjem legitimiteta institucija pred građanima. Zajedno sa čvrstim i pravičnim administrativnim postupcima, odgo-

Dr Borče Davitkovski, profesor na Pravnom fakultetu "Justinijan Prvi" Skoplje, Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij".

Dr Ana Pavlovska-Daneva, profesor na Pravnom fakultetu "Justinijan Prvi" Skoplje, Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij".

Dr Ivana Šumanovska-Spasovska, Docent na Pravnom fakultet "Justinijan Prvi" Skoplje, Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij".

Dr Elena Davitkovska, Docent na Ekonomskom institutu u Skoplju, Univerzitet "Sv. Kiril i Metodij".

vorajućom strukturom i organizacijom administracije zasnovanoj na meritokrat-skom službeničkom sistemu treba da se izgradi potpuna slika dobre javne admini-stracije.¹

Osnovni cilj upravnog postupka je sa jedne strane, da se donese zakoniti upravni akt, da se sprovede zakonsko upravno delovanje, ili da se donese zakon-ski upravni ugovor kojim će se ostvariti određena prava i obaveze strankama u postupku, a sa druge strane da se zaštiti javni interes. Pritom, ono što se traži od organa koji su ovlašćeni da postupaju u upravnom postupku jeste to da je spro-vode, ne samo na zakoniti način, već i da se omogući provođenje postupka na što jednostavniji način (laka i transparentna komunikacija sa strankama), na što ažurniji način (postupak u što kraćem vremenskom periodu, bez odlaganja), na ekonomski način (sa što manjim troškovima koji bi proizlašli strankama u po-stupku). Sa druge strane javni organ treba da vodi računa da se sve ovo ne odra-zi na kvalitet postupka i na odluke koje će doneti. Tu se podrazumeva da organ, istovremeno, osim što treba da vodi postupak na jednostavan, ažuran i ekonomi-čan način treba da pazi i na pravilno utvrđivanje osnovnih načela u upravnom postupku kao što su: stranka, načelo zakonitosti, načelo proporcionalnosti i sl., koji su ujedno garancija donošenja zakonitog upravnog akta.

U ovom trenutku, jedan od ciljeva koji ima Republika Makedonija jeste mo-dernizovanje i usavršivanje opšteg upravnog postupka. U Republici Makedoni-ji od njenog osamostaljenja 1991, prvi ZOUP donet je 2005. godine, da bi 2008. i 2011. godine bile izvršene promene koje nisu bile konceptualnog karaktera, već su se odnosile na novine u načinu komuniciranja između stranaka, na dostavlja-nje, na institut čutanja administracije i dopunjavanja osnovnih principa.²

Od Republike Makedonije, zemlje koja stremi ka evrointegracijskim proce-sima očekivalo se da izvrši velike promene u Zakonu o opštem upravnom postup-ku. Zato je donet novi Zakon o opštem upravnom postupku inspirisan idejom za Reformu javne administracije sa ciljem da se zemlja približi evropskom zakono-davstvu. Istovremeno, pojednostavljivanje upravnog postupka bilo je jedno od ve-oma važnih prioriteta reforme javne administracije čiji je cilj da bude transpa-rentna, očevidna, odgovorna i kvalitetna javna administracija koja će se starati za zadovoljenje javne službe.

Zakon o opštem upravnom postupku donet je meseca jula 2015 godine³ sa odloženom primenom u roku od 6 meseci odnosno od 1 godinu koje se odno-

¹ Administrative Procedures in EU Member States (Conf. on PAR and European Integrati-on) Budva, Montenegro 26-27. March 2009.

² Sl. vesnik, br. 38/2005, 110/2008 i 52/2011.

³ Služben Vesnik na RM, broj 124/15.

se na neke odredbe. Protekli period je dovoljan da se urade pravične analize od same promenljivosti do primene ovog Zakona u praksi.

OPSEG I PREDMET ZAKONA O OPŠTEM UPRAVNOM POSTUPKU

Predmet uređivanja ZOUP je *postupak (procedura)* zaštite prava i pravnih interesa građana (fizičkih lica, pravnih lica i drugih stranaka) i o zaštiti javnih interesa. Ovaj postupak dužni su da primećuju svi *javni organi*⁴ - ministarstva, organi državne uprave, organizacije utvrđene zakonom, drugi državni organi, pravna i fizička lica na kojima je zakonom povereno da vrše javna ovlašćenja, kao i organi opštine, grada Skoplja i opštine u gradu Skoplju (jedinice lokalne samouprave) kada, vršeći svoje zakonske nadležnosti postupaju, rešavaju (nose pojedinačna upravna akta) i preuzimaju neka druga upravna delovanja u upravnim poslovima.

Jedna od glavnih novina novog Zakona o opštem upravnom postupku, isti se primenjuje i kada neki javni organ izvršava svoje zadatke iz upravnog prava preko drugih jednostranih upravnih delovanja koja nisu obuhvaćeni konceptom upravnog akta, ali se odnose na prava građana, njihovih dužnosti (obaveza) i zakonskih interesa, kao što su isporuka informacij, upozorenja, izveštavanja i sl. Takođe, ZOUP treba da obezbedi pravnu zaštitu pri isporuci javnih usluga, odnosno usluga od opšteg interesa (kao na primer, telekomunikacijske usluge, snabdevanje električnom energijom ili vodom) otsustvuje potreban kvalitet i preporučuje prava građana ili njihov zakonski interes. Privatizacijom isporuke javnih usluga ne bi smelo da se umanji pravna zaštita korisnicima usluga (građanima)⁵.

Upravni poslovi su sva akta i delovanja preko kojih se izražavaju ili izvršavaju nadležnosti javnih organa, kojim se rešava ili utiče na prava, obaveze ili pravne interese fizičkih ili pravnih lica, ili drugih stranaka u postupku, kao i svaki drugi posao koji je određen kao upravni posebnim zakonom.

Upravna delovanja znači donošenje upravnih akata, zaključivanje upravnih ugovora, zaštita korisnika javnih usluga od opšteg interesa, kao i preuzimanje drugih upravnih delovanja utvrđenih zakonom.

ZOUP je *obavezan* za sva upravna delovanja javnih organa i davaocima usluga. *Davaoci usluga* su sva pravna lica koja su na osnovu zakona ovlašćena da daju javne usluge ili usluge od opšteg interesa.

⁴ "Javni organi" je novi termin uveden ZOUP od 2015. godine kojim su generalno obuhvaćeni svi organi i organizacije koji vode upravne postupke i odlučuju u njoj.

⁵ Strategija donošenja novog Zakona o opštem upravnom postupku, Vlada RM 2013; Vidi Zakon o opštem upravnom postupku (Služben Vesnik na RM, broj 124/15).

ZOUP predviđa primenu načela *lex specialis derogat lex generalis*, odnosno ZOUP kao opšti propis ima supsidiernu primenu budući da posebnim zakonima određena pitanja mogu da uređena drugačije od ZOUP-a, ali ne mogu i ne smeju da budu u suprotnosti sa osnovnim načelima i ciljevima ZOUP-a, niti da se njima umanje zaštita prava i pravnih interesa strankama zagaranтовanim ZOUP-om.

NOVA OSNOVNA NAČELA

Načelo proporcionalnosti

Ovo je novo načelo u Zakonu koje zauzima mesto prethodno utvrđenog zaštite prava stranaka i zaštite javnog interesa. Suština njegova se sastoji u zabrani preteranog ograničavanja prava stranaka pri preuzimanju bilo koje upravne aktivnosti u svakom pojedinčanom konkretnom slučaju. Naime, vid, oblik, sadržina i način vršenja svake upravne aktivnosti treba da budu takve, da se istom, ne samo što će se potići cilj zakona u datoj (određenoj) situaciji, već, upravna aktivnost po svom obimu i zahvatu mora da bude srazmerna – ni manja ni veća – prilagođena i odgovarajuća tom cilju.

Kada se stranci ili nekom drugom učesniku u postupku, na osnovu zakona nalažu izvesne obaveze, prema njoj mora da se primenjuju one zakonske mere koje su manje otežavajuće ukoliko se sa tim merama postiže zakonski cilj. Ovaj se princip odnosi na sva delovanja u postupku. Tako, kada postoji mogućnost izvršavanja rešenja sprovođenjem na više načina i primenom različitih sredstava, ista će se izvršiti na onaj način i upotrebom onih sredstava koji dovode do ispunjenja cilja, a koji su najblaži i najpovoljniji za izvršiova. I, obratno. Javni organ je ovlašćen da odmah primeni stroži način, odnosno sredstvo za izvršenje obaveze, ukoliko proceni da se najblažim načinom ili sredstvom ne bi bio postignut cilj izvršenja, odnosno zakona.

Načelo proporcionalnosti sadržano je kao osnovno načelo i u Zakonu o inspekcijском nadzoru, što je i razumljivo, budući da je baš u radu inspekcijских službi najpotrebnija primena ovog načela. To znači, da kada inspektor treba da odluči koju će inspekcijску meru da primeni, mora da se rukovodi i težinom nedostatka u radu subjekta nadzora, od štetnih posledica po javnom interesu i interesu trećeg lica, kao i od vremena koja je potrebno subjektu nadzora da odstrani štetne posledice. Znači, cilj izricanja inspekcijске mere nije, i ne treba da bude represija i revanšizam, već odstranivanje nastale štete javnom interesu, ili trećem licu. Pritom mera treba da bude srazmerno izabrana na nezakonitosti u radu subjekta. Pritom, inspektor je posebno dužan da pazi da se ne sprečava efikasno funkcionisanje subjekta nadzora. Znači, tada kada je cilj inspekcijskog nadzora – usaglašavanje rada subjekta nadzora sa zakonom – biće postignuto opomenom.

Inspektor treba da opomene kontrolirani subjekt bez izricanja rigoroznije inspekcijske mere. Ukoliko se opomenom ne dobije očekivani efekat, onda se pribegava merama kazni koje su predviđene zakonom.

Načelo delegiranja nadležnosti rešavanja

Ovim načelom ZOUP otvara novu, čak i jedan vid pravne obaveze (zbog izbegavanja kolizije zakona) za izmene i u Zakonu o organizaciji i radu organa državne prave. Naime, reč je o smanjenju ovlašćenja političkih imenovanih funkcionera (magistri, direktori, gradonačelnici, ali i rektori, dekani, direktori instituta i sl. Kao rukovodećih organa javnih ustanova) da rešavaju konkretne upravne poslova za prava, obaveze i pravne interese građana. ZOUP sadrži i odredbe⁶ kojim se konkretizuje ovo načelo, Znači, nasuprot dosadašnjoj praksi, da postupak vode službena lica ovlašćenog od funkcionera, da oni de facto odlučuju i da donose rešenja, a da ista samo potpisuje ministar, direktor ili gradonačelnik, sada već, u svakom javnom organu moraće da postoji posebna organizaciona jedinica (odeljenje ili sektor) za vođenje određenih vidova upravnih postupaka, a rukovodilac sektora, odnosno odeljenja, ili ovlašćeno lice (znači stručni i kompetentni službenici, a ne nosioci funkcija) vodiće upravne postupke, izdavaće i donosiće rešenja.

Ovo načelo nalazi svoju operacionalizaciju u odredbi ZOUP-a koja se odnosi na službeno lice. U upravnom postupku, javni organ postupa preko ovlašćenog službenog lica. Ako ovlašćeno službeno lice za postupanje upravnom postupku nije opredeljeno posebnim zakonom ili podzakonskim aktom, funkcioner koji rukovodi javnim organom, odnosno, rukovodeće lice je dužno da aktom organizacije opredeli organizacionu jedinicu (odeljenje ili sektor) nadležnu za svaki vid upravnog rada i njegovu nadležnost. Ovlašćeno službeno lice vodi i kompletira postupak. Utvrđeno načelo delegiranja nadležnosti za rešavanje upravnih predmeta.

Načelo pravne zaštite

Načelo prava stranke na pravnu zaštitu protiv svakoga upravnog delovanja ili nepreuzimanja od strane uprave i protiv realnih akata je šire od načela dvostepenosti utvrđenog prethodnim Zakonom, budući da se dvostepenost vezuje samo sa žalbom za upravno rešavanje. Pravo žalbe obuhvaćeno je i ovim načelom . pravna zaštita stranke. Žalba je redovni pravni lek predviđen u svakom demokratskom pravnom sistemu. Korišćenjem pravo žalbe omogućuje se pokretanje mehanizma kontrole (preispitivanje) odluke kojom podnosilac žalbe nije zado-

⁶ Čl. 24 ZOUP.

voljan, pa traži njeno odtranivanje iz pravnog prometa, odnosno, izmenu u svoju korist. Pravo žalbe je bitan elemenat ostvarivanja ustavnosti i zakonitosti.

ZOUP propisuje pravo žalbe protiv prvostepenih upravnih akata u slučajevima utvrđenim zakonom. Sa druge strane, ZOUP utvrđuje opšte pravo žalbe svih građana kada im javni organi nije odgovorio na njihove zahteve u zakonski utvrđenom roku. Znači ZOUP ponovo eksplicitno uvodi načelo da se "ćutanje administracije" smatra odbijanje zahteva stranke.

Pored žalbe ZOUP, kao redovna pravna sredstva, normira još i: prigovor i obnovu postupka.⁷ Protiv realnih akata, kao i delovanja davalaca usluga od opšteg interesa, stranka ima pravo na prigovor. Protiv upravnih akata donetih u prvom stepenu protiv kojih nije dozvoljena žalba, stranka može da povede upravni spor.

Načelo aktivne pomoći stranci

Načelo aktivno pomoći stranci je, ustvari, preimenovanje načela ranijeg ZOUP-a pomoći neukoj stranci. Ovo načelo je usmereno ka korisniku javne usluge i u sebi obuhvata davanje kvalitetnih informacija o upravnim uslugama, o vremenskoj dostupnosti usluga, jednostavnost, racionalnost, ukidanje administrativnih prepreka, otvorenost, responzivnost, profesionalnost, ljubaznost, pa čak i uređenje radnih prostorija javnog organa.

ZOUP je utvrđeno da javni organ treba da omogući stranci pristup organu i elektronski putem. Neznanje ili neukost (neobrazovanost) stranke koja učestvuje u postupku ne treba da budu na štetu njenih zakonskih prava i interesa.

OPŠTA PRAVILA KOMUNIKACIJE IZMEĐU JAVNIH ORGANA I STRANAKA

ZOUP utvrđuje da komunikacija između javnih organa i stranaka može da se odvija: u pismenoj formi, usmeno, ili elektronskim putem. Ali, kada je reć o komunikaciji između javnih organa, onda se ista obavezno odvija elektronskim putem. U ovoj fazi pripremljenosti javnih organa, potrebna je njihova tehnića i kadrovska opremljenost da bi mogla doseljno da se implementira ova zakonska norma ZOUP-a. Otuda, komunikacija između javnih organa obavezno se odvija u elektronskoj formi – novina koja je izuzetno teška za implementaciju!

Dokazivanje je faza u upravnom postuku koja predstavlja komunikaciju između javnih organa i stranke. ZOUP i tu sadrži izvesne novine. Službeno lice koje vodi postupak dužne je po službenoj dužnosti da elektronskim putem prikupi dokaze i podatke o činjenicama o kojima službenu evidenciju vodi javni organ nad-

⁷ Čl. 104 ZOUP.

ležan za rešavanje, kao i kada evidenciju vodi neki drugi javni organ. Javni organ, odnosno subjekat koji vodi službenu evidenciju dužan je da tražene dokaze i podatke dostavi elektronski putem u roku od tri dana od dana prijema zahteva.

Ovakve norme lepo zvuče, ali su u praksi teško sprovodljive. U ovom momentu iste su samo norme sadržane u zakonu koje se ni u jednom postupku ne primenjuju, a najviše u postupku inspeksijskog nadzora.

ODLUKE O UPRAVNOM POSTUPKU

Saglasno novom ZOUP, upravni akt je pojedinačni akt javnog organa koji je donet na osnovu zakona kojim se rešavaju prava, obaveze i pravni interesi stranka. Upravna akta su, u stvari, rešenja. Oni mogu biti različito naslovljeni, odnosno pored naziva rešenja, mogu da se nazovu, odnosno da se iskažu u obliku naredbe, licence, dozvole, zabrane, odobrenja i drugo. Naziv akta, prema ZOUP-u može da bude i "odluka", iako u upravno-pravnoj teoriji odluka je opšti pojam koji u sebi sadrži i pojam rešenja, a prema starom ZOUP-u i pojam zaključak, budući da je isti predviđao da su u upravnom postupku sadržana dva vida odluka: rešenja i zaključci. *Ovaj ZOUP – zaključak, kao vid odluke o upravnom postupku, ne prepoznaje.*

Upravni akt, u zavisnosti od zahteva, stranke, može da se izdaje: u pismenom, elektronskom, ili u nekom drugom obliku (formi), osim ako to nije zakonom propisano ili isključeno (određena forma). Radi preuzimanja isključivo hitnih mera sa ciljem da se obezbedi javni mir i bezbednost, ili radi odstranivanja neposredne opasnosti za život i zdravlje ljudi ili imovine, javni organ može da izda usmeni akt i da naredi njegovo izvršavanje bez ikakvog odlaganja. U tom slučaju, isti je dužan da stranci, usmeno rešenje, da u pismenom obliku u roku od 8 (osam) dana od dana njegovog donošenja.⁸

ZOUP iz 2015. godine predviđa maksimalni rok od 30 dana za izdavanje upravnog akta od dana kada je pokrenut postupak, osim, ako to nije drugim zakonom drugačije opredeljeno. Kada je postupak pokrenut na zahtev stranke, rok za donošenje rešenja teče od dana kada je stranka podlela zahtev sa svim dokazima koje je bila dužna da podnese. Ukoliko je predmet složen, javni organ može da produži ovaj rok za najviše 30 dana, pod uslovom da to nije drugim zakonom izričito zabranjeno. Produženje roka i uzroka za to stranci treba da joj se saopšti u

⁸ Napomena: ovom odredbom zakonodavac, iako je reč o poglavlju naslovljenim kao "upravni akt" i prethodno navođeni različiti naslovi upravnog akta među kojima je rešenje samo jedan vid takvog akta, ipak, na kraju izričito se upotrebljava reč "REŠENJE", umesto opšteg termina, "upravni akt" što navodi na zaključak da zakonodavac ova dva termina poistovećuje.

okviru prvog roka. Ove novine sadržane su u ZOUP u odnosu na rokove za odlučivanje javnog organa, odnosno za donošenje rešenja.

UPRAVNI UGOVOR

U uslovima opšte reforme javne uprave i razvoja novog koncepta materijalnog upravnog prava, u uslovima novih ekonomskih odnosa, privatizacije javnog sektora i sl., menja se i uloga države u životu građana. Ona sama oseća već potrebu da pregovara sa svojim građanima i da pronalazi blaže oblike (mekše forme) pravnog regulisanja upravne delatnosti. Znači, građanin kako subjekt, kako klient ili korisnik usluga uprave, postaje i njen ugovorni partner. Tako, nove koncepcije i teorije države otvaraju put za uspostavljanje upravnog dogovora u pravnim sistemima.

Utvrđivanje razlika između pojmova upravni akt i upravni ugovor nema samo teoretsko značenje, već u sebi nosi i praktičnu vrednost.

Upravni akt, kao tipični javni pravni institut za postizanje pravnog efekta, ne predstavlja uvek odgovorajuće sredstvo da bi se postigla određena javna korist. Današnji ekonomski razvoj, pa i ukupni društveni sistem su pod velikim uticajem neoliberalizma. Pri takvim uslovima, upravni akt ne može da bude jedinstveni javno-pravni institut uprave za postizanje upredeljenih ciljeva, jer "previše snažno izražava autoritet vlasti tamo gde je to neophodno".⁹ Nije retkost, ali je državi neophodno zadovoljenje mnogih njenih potreba. Jedno od rešenja zadovoljenje svega e putem ugovora. Iza toga stoji i mala opasnost jer bi došlo do narušavanja načela slobode ugovaranja svojstvenog privatno-pravnim ugovorima. Moglo bi da dođe do ugrožavanja, ili da se stavi pod znakom pitanja ostvarivanje javnog interesa zbog čega bi trebalo da se sključi pravno delo. U ovakvim situacijama i uslovima vidi se pravo značenje upravnog ugovora. Oportunističko razdvajanje upravnog ugovora od pojedinačnog upravnog akta sastoji se u tome što institut upravnog ugovora može pridoneti stavljanju građanina u ravnopravni položaj sa upravom pri vršenju njene javno-pravne funkcije, a da, pri tom, uprava ne izgubi efikasnost kao njeno izuzetno važno svojstvo.

Vreme za sprovođenje određenog pravnog režima, svakako predstavlja jedan od determinanata je pojam efikasnost. Ista se lako vezuje sa kvantitetom izvršenih radnji. Međutim, nove koncepcije javne uprave, sve su više orijentisane ka kvalitetu stvaranja, pre svega na usluge što je uprava dužna da ih pruža prema svojim korisnicima. Da li može da se očekuje kvalitetno vršenje delatnosti od strane nekog lica (osobe) kome je sve to nemetnuto kao obaveza, nekakvim vidom naredbe? Ili, dali će, kvalitet usluge biti viši i bolji u uslovima dobrovoljnog vršenja delatnosti koja, istovremeno, ugovornoj strani omogućava i zadovo-

⁹ Ivančević, Institucije upravnog prava, knjiga I, Zagreb, 1983, str. 242.

ljava vlastite ekonomske interese? Sve značajnije mesto u upravno-pravnoj teoriji zauzimaju koncepcije za "privatizaciju" javnog sektora, shvaćena kao privatizacija proizvodnje i pružanje usluga građanima (tamo gde ima prostora i potrebe za tim). Kao potvrdu ovom stavu navodimo neke i to: koncept za saradnju između javnih i privatnih lica (Public Private Partnership), koncept za novi javni menadžment (New Public Menagment), potpuni menadžment kvaliteta (Toatal Quality Menagment) i sl. Sve te nazovi "nove" koncepcije podrazumevaju ovođenje tržišne mehanizme u okvirima upravnih aktivnosti. Upravni ugovor, za razliku od upravnog akta, predstavlja baš takav mehanizam. Zato, čini se da je ispravnije razmišljanje da upravni ugovori treba paralelno da postoje sa upravnim aktima pri vršenju upravnih aktivnosti, ne oduzimajući, pritom, važnost postignutom efektu "klisičnim" upravnim aktom, nego prihvatanje zastarelih teorija o "nezamenljivoj i svetoj" ulozi upravnih akata vlasti.

Naime, svetska ekonomija nalaže kategorične promene u ulozi države u uslovima međusobnog spoja slobodnog tržišta i demokratije. Smatra se da je to jedno od najsloženih pitanja i da pravi odgovor na isto može da pridonese reformisanju javnog sektora. To je pitanje o ulozi državne uprave u proizvodnji i pružanje usluga korisnicima/klijentima.¹⁰

Više od jasnog u ovom kontekstu je da država mora da se javi u ulozi efikasnog partnera građanima pri zadovoljavanju njihovih potreba, a to znači i redukciju njezine uloge aktivnog ekonomskog agenta tamo gde tržište, dokazano je pretstavlja efikasniji mehanizam. Znači, stvara se prostor za šire delovanje tržišnih mehanizama, posebno u sferi komunalnih delatnosti, zdravstvu, obrazovanju i kulturi. U takvim uslovima, u ostvarivanju javno-pravnog karaktera upravne funkcije, "od uprave se traži novi stil rada, novi odnosi i novi načini u komunikaciji sa građanima, pri čemu staro i klasično administriranje sve se više gubi i nestaje ... Zato državna uprava treba, pri sprovođenju i izvršavanju utvrđene politike, uvek gde je to moguće da izbegava prerogative vlasti (uprava kao vlast), a da povećava aktivnu, stvaralačku ulogu u ostvarivanju svega onog što je u interesu i značenju građanima (uprava kao stručni servis)".¹¹

Ovakve konstatacije, svakako, ne znače napuštanje javno-pravnih mehanizama na delovanje uprave sa pozicije vlasti. Od njih društvo još uvek ima potrebe (koju smo prethodno obrazložili) i čini se, da će još dugo biti u upotrebi takvi instrumenti vlasti. Njima se postiže zaštita javnog servisa, koi se, ne uvek, slaže sa pojedinačnim interesima. No, pružanje usluga građanima ne predstavlja delatnost uprave drugostepenog značenja. Naprotiv, ova njena aktivnost predstavlja priori-

¹⁰ World Bank, World development Report 1997, The State in a Changing World, Oxford University Press, New York, 1997.

¹¹ S. Gelevski, Upravno pravo kako deo javnog prava, Javno i privatno pravo, Pravni fakultet, Skopje, 1998, str. 15.

tet građanima. Otuda, ista treba da bude prioritet i samoj upravi. Polazeći od ovakvih shvatanja, upravni ugovor, kako poseban vid upravnog delovanja, postao je predmet regulisanja i novog Zakona o opštem upravnom postupku u Republici Makedoniji.

Upravni ugovor je novina u ZOUP-u i isti predstavlja ugovor između javnog organa i privatnog subjekta (stranke) čiji je predmet rada vršenje javne službe iz nadležnosti javnog organa. Kada je to prpoišano posebnim zakonom, u javnom je interesu i njime se ne ograničavaju prava trećih lica. Pojam upravni ugovor u ZOUP-u najšire je definisan kao "ugovor koji javni organ zaključuje (sklapa) sa stranku radi vršenja javnih ovlašćenja iz nadležnosti javnog organa, kada je to utvrđeno posebnim zakonom."

ZOUP predviđa da se upravni ugovor može poništiti ako su za to ispunjeni zakonski uslovi, tužbom pred Upravnim sudom, da se promeni, ili da se, zbog izmenjinih okolnosti jednostrano raskine.

REALNI AKTI

Prema ZOUP-u pojam realni akt je "akt ili delovanje javnog organa koi nije upravni akt ili upravni ugovor, ali može imati pravno dejstvo na prava, obaveze ili na pravne interese nekog lica, kako što su na pr. javne informacije, primanje izjava, vođenje evidencije, izdavanje uverenja, delovanje na izvršenje i drugih činjeničnih dejstava". Javni organi treba da izvršavaju realne akte u saglasnosti sa načelima i odredbama ZOUP-a. Stranka ima pravo na prigovor protiv realnog akta. Prigovor je novo redovno pravno sredstvo prema ZOUP-u. Protiv realnog akta ili njegovog propuštanja stranka može da izjavi upravni prigovor javnom organu koji je preuzeo, ili nije preuzeorealni akt, ako su time povređena njegova prava ili pravni interesi. Oblik ili forma, sadržina, rok za izjavljivanje i podnošenje prigovora isti su kao i kod podnošenja žalbe.

Donosioci realnih akata dužni su da se, postupak i oblik donošenja ovih akata (javne informacije, primanje izjava, vođenje evidencije, izdavanja uverenja, delovanje na izvršenje i drugih činjeničnih dejstava), usaglase sa odredbama ZOUP-a. Ovo je nova i dodasada nepraktikovana obaveza donosilaca ovakvih akata (materijalni akt i delovanje). Što se odnosi do oblika (forme) i sadržine realnih akata njihovi donosioci moraše da se postaraju da ista odgovara ZOUP-u, odnosno da isti sadrže: uvod, dispozitiv i obavezno pouku stranci za korišćenje pravnog sredstva-prigovor. Posebno je važno u pravnoj pouci da donosioc realnog akta navede i konkretizuje svoj nadzorni organ, buduih da saglasno sa ZOUP-om, isti će, ujedno pretstavljati i drugostepeni organ u upravnom postupku po prigovoru stranke. Ovaj organ (drugostepeni) u svom rešenju po prigovoru protiv realnog akta, biće dužan da pouči i uputi stranku da ima pravo da tužbom pro-

tiv njegovog rešenja povede upravni spor pred Upravnim sudom sa ciljem da se obezbedi sudska zaštita i od ovih akata.

Vredi napomenuti da do sada, donošenje realnih akata i pravna zaštita od njihovog (ne) donošenja (u administrativno-pravnoj teoriji nazivani još kao i materijalna akta) nije bilo regulisano ZOUP-om. Ova nova obaveza za njihove donosiocice, nije dovoljno da bude utvrđena zakonom već je potrebo da bude razrađena podzakonskim aktima kojima se preciziraju forma i sadržina ovih akata. Razume se, službena lica koja treba da primenjuju odredbe ZOUP-a i podzakonskih akata uvezi sa ovom materijom imaće potrebu za ozbiljnom obukom sa ciljem da građanima kao stranci dočaraju koristi ovih novih zakonskih rešenja, a da administracija bude vična da pokaže svoju efikasnost u njihovoj implementaciji.

USLUGE OPŠTEG INTERESA

Pod poimom, usluge opšteg interesa definisane su kao “usluge koje pravna lica daju građanima na osnovu javnog ovlašćenja izdatog od strane javnog organa.” Dalje, u tekstu ZOUP-a utvrđeno je da usluge od opšteg interesa su upravna dejstva koim se građanima obezbeđuju opšte i dostupne usluge svim strankama po pristupačnoj ceni i odgovarajućim kvalitetom usluga, u kontinuitetu, transparentno i bez diskriminacije korisnika usluga. Ukoliko korisnik usluga od opšteg interesa i pored toga što ispunjava svoje obaveze, smatra da ne dobija usluge odgovarajućeg kvaliteta, u kontinuitetu, transparentno i bez diskriminacije može da podnese prigovor nadzornom javnom organu utvrđenog zakonom sve dotle dok traje dejstvo, ili neizvršavanje određenih radnji od strana davaoca usluga. Ako korisnik javne usluge od opšteg interesa smatra da je davalac usluga povredio njegova prava ili pravne interese, korisnik može da podnese prigovor javnom organu koji idaje dozvole, vrši nadzor ili kontrolu nad davaocem usluga sve dok traje dejstvo ili njegovo neizvršavanje.

Organ koji izdaje dozvole, vrši nadzor ili kontrolu nad davaocem usluga dužan je da ispita izjave podnosioca prigovora i da preduzme nadzorne mere u okviru svoje nadležnosti. On rešava podneti prigovor sa nošenjem upravnim aktom, bez odlaganja a najkasnije u roku od 15 dana od podnošenja prigovora. Protiv ovog upravnog akta može da se povede i upravni spor pred nadležnim sudom.

U vezi ove novine u ZOUP-u od 2015. godine važe iste primedbe i preporuke kao i u prethodnoj tački koje se odnose na realne akte. Naime, podzakonskim aktima davaoci usluga od opšteg interesa dužni su da utvrde svoj nadzorni organ koji će se pojaviti kako drugostepeni organ nadležan da odlučuje u vezi prigovora nezadovoljnih korisnika usluga. Pritom, podzakonski akt davaoca usluga treba da propiše način i postupak dostavljenja (ili sam obrazac) prigovora sa ciljem da nezadovoljno korisnici usluga mogu brzo, jednostavno i bez troškova prigova-

raju o nezadovoljavajućem kvalitetu usluga. I dalje, podzakonskim aktom potrebno je da budu uređena i forma i sadržina rešenja koji će se izdavati korisnicima (podnosiocima) prigovora (sada već strankama u upravnom postupku) drugostepeni organi (nadzorni organ davaoca usluga od opšteg interesa). I ova rešenja kako drugostepeni upravni akti treba da sadrže pravnu pouku o pravu nezadovoljne stranke da može tužbom da pokrene upravni spor pred Upravnim sudom. Budući da regulaciona tela koja će se, u najvećem broju, javiti kao drugostepeni organi povodom prigovor nezadovoljnih korisnika usluga od opšteg interesa, naći će se u ulozi organa koji vode upravni postupak po prvi put od njihovog postojanja i da će ova njihova delatnost biti sasvim različita od osnovne (njihove sručne delatnosti zbog kojeg su i osnovani). Službena lica koja će voditi upravne postupke u ime regulatora, imaju neizmerno potrebu za obukom iz oblasti pravno-procesnog prava.

PRAVNI LEKOVI

Redovni pravni lekovi u upravnom postupku su: žalba, ponavljanje postupka i prigovor. Kada žalba, odnosno prigovor ni su zagarantovani zakonom stranka ima pravo da povede upravni spor.

Žalba i "ćutanje" administracije

Žalba je u upravnom postupku redovni pravni lek koji stranka ima pravo da ga podnese protiv upravnog akta u roku od 15 dana od dana njegovog dostavljanja, osim ako nije posebnim zakonom opredeljen drugi rok.¹²

Ako prvostepeni organ oceni da je žalba dopuštena i potpuno opravdana, isti će sam zameniti upravni akt novim aktom i u roku od 7 dana dostaviće u elektronskoj formi drugostepenom organu (Komisiji). Stranka ima pravo žalbe i protiv tog upravnog akta. Ako prvostepeni organ proceni da je žalba dozvoljena, a da nije potpuno opravdana isti organ je dužan da je, zajedno sa svim spisima i sa odgovorom na žalbu, dostavi drugostepenom organu u elektronskoj formi u roku od 7 dana.

Ako u slučaju "ćutanja" uprave, prvostepeni organ ne donese upravni akt u roku od 7 dana od prijema žalbe, isti će bez odlaganja u elektronskoj formi posla-

¹² Primedba: ZOUP kako sistemski zakon koji se donosi dvotrećinskom većinom *izričito* propisuje da se drugim zakonima ne može utvrditi rok žalbe koji bi bio kraći od 15 dana. Drugim rečima, čak i da postoji zakon u kojem je utvrđen rok žalbe kraći od 15 dana, stranka, saglasno odredbama ZOUP-a može da koristi duži rok (rok od 15 dana) utvrđen ZOUP-om i obratno. Ukoliko je nekim zakonom utvrđen rok žalbe duži od 15 dana, za stranku u postupku biće pravno relevantna ta odredba iz posebnog zakona.

ti žalbu drugostepenom organu zajedno sa svim spisima i pismeno objašnjenje o uzrocima zbog kojih nije izdao traženi upravni akt i roku od 7 dena. Kada će drugostepeni organ utvrditi da su uzroci zbog kojih prvostepeni upravni akt nije donet nisu opravdani, isti sam rešava o zahtevu stranke u roku od 30 dana po prijemu žalbe, ili će naložiti prvostepenom organu da donese traženi upravni akt u roku od 15 dana po prijemu naloga. U slučaju da se ponovi “hutanje” prvostepenog organ, drugostepeni organ je dužan da sam završi posao i donese rešenje što je meritorno rešavanje drugostepenog organa u slučaju nesvatljivog “čutanja” uprave.¹³

Žalba ima dva dejstva: odlučivo ili odgodivo (suspenzivno) i devolutivno. Devolutivnost žalbe znači da po istoj odlučuje viš organ od onog kojeg je doneo osporeni (sa žalbom) upravni akt. Suspenzivnost žalbe znači da ista odlaže izvršenje žalbenog rešenja (osporeni upravni akt) sve dotle dok ne bude donet drugostepeni upravni akt, osim ako nije zakonom drugačije utvrđeno. Izuzetak od suspenzivnog dejstva žalbe sastoi se u sledećem: prvostepeno žalbeno rešenje biće izvršeno ako je potrebo da se preduzmu hitne mere o javnom interesu ili ako zbog odlaganja izvršenja stranci bi bila naneta šteta koju ne bi mogla da je nadoknadi. O ukidanju odloženog dejstva žalbe donosi se posebni upravni akt protiv kojeg može da se pokrene upravni spor.

Drugostepeni organ posle dobijanja žalbe i svi spisa o predmetu zajedno sa odgovora na žalbu od strane prvostepenog organa, proverava da li je žalba dopuštena, pravovremena, izjavljena od ovlašćenog lica. Okoliko je žalba nedopuštena, nepravovremena, ili izjavljena od neovlašćenog lica, isti će je sa rešenjem odbaciti. Ako je žalba neosnovana, ili da je drugostepeni organ našao da je prvostepeni postupak imao nedostatke, ali da su takvi da nisu mogli da imaju neki uticaj na rešavanje stvari, isti će odbiti žalbu.

Ako drugostepeni organ utvrdi da je u prvostepenom postupku učinjena nepravilnost koja upravni akt čini ništavnim, takav upravni akt oglašiti će ništavnim. Ako drugostepeni organ utvrdi da je prvostepeni upravni akt doneo nenadležni orga, takav upravni akt poništiće po službenoj dužnosti i predmet će dostaviti nadležnom organu na rešavanje.¹⁴

¹³ Primedba: Ovom odredbom, ZOUP eksplicitno napušta pravilo da “hutanje” uprave predstavlja odobravanje zahteva stranke. Naime, ukoliko upravni akt nije izdat od strane prvostepenog organa u zakonom utvrđenom roku, postoji zakonska prezumpcija da je zahtev stranke odbijen, čime se dobija pravo žalbe. Prvostepeni organ ima dopunski rok od 7 dana da sam odluči i izda upravni akt čime će se završiti njegovo “hutanje”. Ako isti to ne uradi, žalba i spisi zajedno sa obrazloženjem za njegovo “hutanje” šalje se na odlučivanje drugostepenom organu.

¹⁴ Primedba: ZOUP u jedno istom članu koristi dva termina: oglašavanje akta ništavnim i poništavanje upravnog akta, bez da, pritom, definiše eventualne razlike i pravne posledice iz ova dva instituta!

Kada će drugostepeni organ utvrditi da su u prvostepenom postupku činjenice nepotpune ili pogrešno utvrđene i da se u postupku nije vodilo računa o pravilima postupka koje bi bile od uticaja na rešavanje stvari, ili da dispozitiv pobijenog upravnog akta nije jasan, ili je u suprotnosti sa obrazloženjem isti će svojim rešenjem poništiti prvostepeni upravni akt i predmet će vratiti prvostepenom organu na ponovni postupak. U ovakvom slučaju prvostepeni organ je dužan da donese novi upravni akt, saglasno sa uputstvima drugostepenog organa u roku od 30 dana od prijema predmeta. Stranka ima pravo žalbe i protiv novog upravnog akta. Kada drugostepeni organ postupi po izjavljenoj žalbi protiv upravnog akta koji je jednom bio poništen i vraćen na ponovno rešavljanje postupajući po žalbi dužan je da sam reši navedeni predmet. Do se naziva meritorno rešavanje predmeta od strane drugostepenog organa.

Ako drugostepeni organ utvrdi da su u prvostepenom upravnom upravnom aktu dokazi pogrešno ocenjeni, da je od utvrđenih činjenica izvedan pogrešan zaključak u odnosu na činjenično stanje, da je pogrešno primenjen pravni propis na osnovu kojeg se stvar rešava, ili ako nađe da je na osnovu slobodne procene trebalo da se donese drugačiji upravni akt, isti će svojim upravnim aktom da poništi prvostepeni upravni akt i sam će završiti posao i rešiti predmet.

Ukoliko drugostepeni organ utvrdi da je upravni akt pravilan u odnosu na utvrđene činjenice i u odnosu na primena zakona, ali i cilj zbog kojeg je donet upravni akt može da se postigne i drugim sredstvima povoljnijim za straku on će promeniti upravni akt u tom smislu. Ukoliko prvostepeni organ ne postupi po uputstvima i smernicama drugostepenog organa, u slučaju ponovne žalbe, drugostepeni organ je dužan da ne postupi, a da izvesti koji vrši inspekciski nadzor za sprovođenja ZOUP-a – Državni upravni inspektorat.

Postupak po žalbi drugostepenog organa (drugostepeni postupak) treba da se završi bez odlaganja a najkasnije u roku od 60 dana od dana predaje žalbe i svih spisa o predmetu od prvostepenog organa upućena drugostepenom organu.

Upravni prigovor

Protiv realnog akta, ili njegovog propuštanja stranka može da izjavi upravni prigovor javnom organu koji svojim (ne) činjenjem ako stranka utvrdi da su time povređena njena prava ili pravni interesi. Ako korisnik javne usluge od opšteg interesa smatra da je davalac usluga povredio njegova prava ili pravne interese, korisnik može da podnese prigovor javnom organu koji izdaje, vrši nadzor ili kontrolu nad davaocem usluga sve dok traje dejstvo ili njegovo neizvršavanje.

Forma (oblik), sadržina, rok za izjavljivanje ili podnošenje prigovora isti su kako i kod žalbe. Ako je upravni prigovor povezan sa obezbeđenjem usluga od opšteg interesa, organ koji izdaje dozvole, vrši nadzor ili kontrolu nad davaocem

usluga dužan je da ispita izjave podnosioca prigovora i da preduzme nadozorne mere u okviru svoje nadležnosti. Organ koji izdaje dozvole vrši nadzor ili kontrolu nad davaocem usluga rešava o prigovoru sa upravnim aktom, bez odlaganja, a najkasnije u rok od 15 dana od podnošenja prigovora. Protiv ovog upravnog akta može da se povede upravni spor pred nadležnim sudom.

ZAKLJUČAK

Cilj donošenja novog Zakona o opštem upravnom postupku u Republici Makedoniji je da se modernizuje sistem upravnog postupka na osnovu potpuno novog pravnog okvira, kojim će se sačuvati tradicionalne vrednosti i dobre strane dosadašnjeg sistema pri vođenju upravnog postupka i ujedno da se stvore mogućnosti za novim i budućim društvenim i tehnološkim razvojem. Konkretniji ciljevi koje zakonodavac utvrdi da treba da se ispune donošenjem novog ZOUP-a su: poboljšanje transparentnosti upravnih postupaka; povećanje poverenja građana u javnu administraciju; podsticanje upravne prakse, orijentisane ka uslugama i profesionalnoj javnoj administraciji kako bitnom uslovu za ekonomski razvoj države; podrška efektivnom i etičkom odnosu državnih i javnih službenika u zaštiti javnog interesa; poboljšanje efikasnosti i ekonomičnosti i donošenje upravnih akata u korist javnog interesa i interesa građana; početak primena savremenih informativno-komunikacijskih tehnologija za isporuku administrativnih usluga (e-administracija) i usaglašavanje makedonske javne administracije sa standardima Evropske unije.

Od planova i očekivanja koje nadležni organi, pre svega Vlada i Skupština imaju u odnosu na novine sadržane u Zakonu o opštem upravnom postupku, može se reći, da za period od njegovog stupanja na snagu do danas (određene odredbe su stupile na snagu u februaru, a druge u julu 2016.godine) očekivanja su bila previše visokom nivou. Naime, usaglašavanje materijalnih zakona, a posebno podzakonskih akata sa ZOUP-om odvija se veoma sporim intenzitetom. Dalje, obuke koje se vrši u vezi sa nainom implemetacije ZOUP-a su bez pravog plana, nekontinuirane i ad hoc. Najčešće se organizuju od strane privatnih subjekata čiji je jedinstveni cilj u ovakovih obuka ostvarivanje profita. Državni organi nemaju pravi uvid, niti plan obuka njihovih zaposlenih. Službenici koji su dužni da primenjuju ZOUP, čini se da rade po inerciji saglasno dosadašnjim uzorima za rad, bez da obrate pažnju dali u udređenjoj fazi upravnog postupka važe nova pravila. To se posebno odnosi na rokove postupka, kao i u odnosu na ovlašćena drugostepenog organa da postupa po žalbama stranaka.

Jedinstvenu doslednu primenu imaju odredbe koje se odnose na nemogućnost da se više ne donosi zaključak kao posebni akt u upravnim postupku. U praksi, dva načela, načelo delegacije nadležnosti, kao i načelo proporcionalno-

sti nemaju praktičnu primenu jer se funkcioneri nerado i navoljno odriču svojih nadležnosti, a akt o sistematizaciji ne mogu da donesu sami službenici bez potpisa funkcionera. S druge strane, kažnjavanje, a posebno izricanje "globe" jedan je od redovnih načina popunjavanje budžeta, pa otuda načelo proporcionalnosti nema, ama baš, nikakvo značenje pri izricanju novčanih kazni. Upravni ugovori su potpuna nepoznanica službenih lica koji postupaju, a posebno oko sudskog odlučivanja po određenim sporovim nastalih od njihovog izvršavanja. Još uvek ne postoji saglasnost sudija iz redovnih i upravnih sudova. Zato primena odredbe ZOUP-a kojom se predviđa nadležnost upravnog sudstva ostaje da "visi", najverovatnije do zauzimanje načelnog stava od strane Vrhovnog suda Republike Makedonije.

BORČE DAVITKOVSKI, LL.D.,
Professor, Faculty of Law Iustinianus Primus
ANA PAVLOVSKA-DANEVA, LL.D.,
Professor, Faculty of Law Iustinianus Primus
IVANA SHUMANOVSKA-SPASOVSKA, LL.D.,
Ass professor, Faculty of Law Iustinianus Primus
ELENA DAVITKOVSKA, LL.D.,
Ass professor, Economic Institute

A NEW LAW ON GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE IN THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

The authors of the paper at hand have presented the processes of modernization and improvement of the general administrative procedure in the Republic of Macedonia. Not only that they have presented the novelties introduced with the new Law on General Administrative Procedure from 2015 – focused on the legal principles, the remedies including the introduction of *objection* as a new regular one, the deadlines in which the institutions can proceed and the means of communication – but they have also provided detailed explanations and critical standpoints regarding them. This is done so, with the aim to bring about easier and more consistent application of the respective rules by the institutions in the public sector. The authors have provided a precise overview of the differences between the new and the old Law on General Administrative Procedure's provisions and have, moreover, concluded that the Parliament (Assembly) and the Government of the Republic of Macedonia have been too ambitious when setting up their expectations and plans. Namely, the harmonization between the Law on General Administrative Procedure and the substantive laws and bylaws is indeed dawdling, while the trainings on its application are not continuous but rather *ad hoc* and unplanned. Respectively, the new legal rules can be duly applied in practice only if further measures are taken in the future.

ALEKSANDAR S. MOJAŠEVIĆ,
DEJAN VUČETIĆ

STUDIJA O EFIKASNOSTI REŠAVANJA UPRAVNIH SPOROVA U REPUBLICI SRBIJI

U V O D

U Republici Srbiji efikasnost sudskih, samim tim i upravno-sudskih postupaka, predmet je interesovanja malog broja istraživača. Tek nedavno pojavljuju se radovi koji se sistematski bave efikasnošću parničnih postupaka korišćenjem ekonomske metodologije,¹ ili ispitivanjem efikasnosti pojedinih instituta u okviru parničnog postupka, kao što je vremenski okvir,² ili multidisciplinarnim ispitivanjem veze između određenih psiholoških varijabli (asertivnosti) i efikasnosti i kvaliteta rada sudija.³

Dr Aleksandar Mojašević, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu.

Dr Dejan Vučetić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Ovaj članak je rezultat rada u okviru projekta pod nazivom "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru", finansiranom od strane Ministarstva prosvete i nauke Republike Srbije (referentni broj 179046).

¹ Mojašević, A, *Studija o efikasnosti parničnih postupaka pred Osnovnim sudom u Nišu*. Teme, Časopis za društvene nauke, XXXIX, 4/2015, 1319-1340.

² Gligorić, Č, *Vremenski okvir u Zakonu o parničnom postupku Republike Srbije*. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, LIX, 2, 344-359.

³ Mojašević, A., Mojašević, S. *A study on Assertiveness, Efficiency and Work Quality of Judges*. Mimeo, 2016.

U domaćem akademskom prostoru mahom dominira tradicionalna normativna i uporedno-pravna analiza pojedinih rešenja ili instituta u okviru sudskih postupaka. Nasuprot tome, krajem prošlog veka, najpre u anglosaksonskoj pravnoj nauci, empirijsko istraživanje prava dobija sve veći značaj. Generalno gledano, moguće je uočiti tri osnovna pravca u kojima se ovakva istraživanja kreću: sociološko-pravni, ekonomsko-pravni i bihevioralno-pravni.⁴ Početkom novog milenijuma, svi ovi pravci dobijaju jedan zajednički naziv "Empirical Legal Studies" tj. ELS, (sa kojim se kasnije paralelno koristi i "Empirical Legal Research" ili ELR).

Kako Kejn (Cane) i Kricer (Kritzer) navode u Oksfordskom priručniku za empirijska pravna istraživanja (Oxford Handbook for Empirical Legal Studies) iz 2012. godine, pragmatični anglo-amerikanci su još početkom 20. veka počeli da proučavaju razliku između "prava u praksi" i "prava u knjigama". Ovaj metodološki pristup najpre je primenjen u pionirskim radovima pojedinih profesora poput Hermana Pričeta (C. Hermann Pritchett), potom u radu pojedinih institucija kao što je Oksfordski centar za sociološko-pravne studije (Oxford Centre for Socio-Legal Studies), a kasnije je podstican osnivanjem specijalizovanih časopisa (Journal of Law and Society, Law and Society Review, Journal of Empirical Legal Studies) i udruženja (Socio-Legal Studies Association - SLSA; Law and Society Association), kako bi se zastupnici ovog pravca u pravnoj nauci lakše povezali i razmenjivali svoje radove i istraživačka iskustva.

U državama koje pripadaju tzv. kontinentalnom velikom pravnom sistemu, empirijska pravna istraživanja vršena su u Holandiji, Belgiji, Nemačkoj, Španiji, Izraelu, kao i u Rusiji i Japanu, a Svetska banka je ovaj vid istraživanja finansijski podržala i u velikom broju drugih zemalja, u svrhu poboljšanja njihovih pravnih sistema.

Ovim radom nastojimo da napravimo dalji iskorak u empirijskom proučavanju sudskih postupaka, s obzirom na to da analizu usmeravamo posebno na *upravno-sudske postupke*. To, u okvirima srpske pravne nauke, daje pionirski značaj našem radu, jer i komparativno posmatrano, većina savremenih istraživanja u ovoj oblasti svoj fokus usmerava na oblasti građanskog i krivičnog prava.

S druge strane, budući da je upravno-pravna materija u Republici Srbiji rezervisana za uzak krug pravnika-stručnjaka za datu oblast, samo korišćenje ekonomske metodologije, kojom želimo da dodemo do određenih saznanja o efikasnosti upravnih sporova, predstavlja *ipso facto* novinu u istraživačkom smislu.

Predmet ovog istraživanja jeste efikasnost upravnog pravosuđa i, posebno, efikasnost upravnih sporova. Cilj je bio ustanoviti da li su, i u kojoj meri, postup-

⁴ Cane, P. and Herbert K. (eds). *The Oxford handbook of empirical legal research*. OUP Oxford, 2012, pp. 1-3.

ci koji se vode pred Upravnim sudom u Republici Srbiji efikasni u posmatranom šestogodišnjem periodu (2010-2015). Opredelili smo se za ovaj period, s obzirom na to da je u skladu sa Zakonom o uređenju sudova,⁵ Upravni sud osnovan i počeo sa radom 2010. godine kao sud posebne nadležnosti republičkog ranga, sa sedištem u Beogradu, i koji u svom sastavu ima tri odeljenja u najvećim srpskim gradovima (Novom Sadu, Nišu i Kragujevcu). Smatramo da je prošlo dovoljno vremena za davanje preliminarne ocene efikasnosti upravnog pravosuđa u Republici Srbiji.

Rezultati našeg istraživanja trebalo bi da posluže kao početna solidna osnova za dalje praćenje efikasnosti upravnih sporova u Srbiji, kao i za eventualnu uporednu analizu efikasnosti upravnog sudstva u Srbiji u odnosu na pojedine evropske zemlje. Osim toga, s obzirom na složenost upravnih predmeta, koji se mogu razvrstati na: zaštitu izbornog prava, porez na ekstraprofit, spoljnotrgovinsko i devizno poslovanje, akte javnih preduzeća, oduzimanje dozvola za rad i likvidaciju banaka, itd, ova studija trebalo bi da posluži i kao polazna tačka za ispitivanje efikasnosti upravnih sporova u *posebnim upravnim materijama*.

METODOLOGIJA ISTRAŽIVANJA

Efikasnost pravosudnog sistema poslednjih godina poprima sve veću pažnju i interesovanje relevantnih institucija Evropske unije, poput Saveta Evrope. Tako je Komitet ministara Saveta Evrope 2002. godine osnovao poseban stručni organ, pod nazivom *Evropska komisija za efikasnost pravosuđa* (skr. CEPEJ), čiji je zadatak, između ostalog, da jedinstvenom metodologijom ocenjuje efikasnost pravosudnih sistema evropskih zemalja i predlaže praktične mere za unapređenje istih. Srbija je uključena u ovaj sistem evaluacije, što pruža značajne uvide u efikasnost našeg pravosudnog sistema, posebno u komparaciji sa pravosudnim sistemima drugih evropskih zemalja.

U ovoj studiji koristili smo metodologiju CEPEJ-a radi ocene *efikasnosti upravnih sporova* u Republici Srbiji, u periodu od 2010. godine do 2015. godine. Pri tom smo merili dva osnovna indikatora efikasnosti sudskih postupaka: *stopu ažurnosti* (*clearance rate*) i *dužinu trajanja sudskih postupaka*, iskazanu preko *vremenske dispozicije* (*disposition time*) i *odnosa obrta predmeta* (*case turnover ratio*).⁶ Ovim osnovnim indikatorima efikasnosti dodali smo *procenat rešenih*

⁵ Zakon o uređenju sudova, "Službeni glasnik", br. 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 - dr. zakon, 78/11 - dr. zakon, 101/11, 101/13, 106/15, 40/15 - dr. zakon i 13/16.

⁶ European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), Report on "European judicial systems – Edition 2014 (2012 data): efficiency and quality of justice" 2014, pp. 191-195 (<http://>

predmeta u odnosu na ukupan broj predmeta u radu i koeficijent ažurnosti sudija. Takođe, posebno smo posmatrali *ukupan broj nerešenih i starih predmeta*, koji su specifikum našeg pravnog sistema.

Stopa ažurnosti (skr. SA) izračunava se tako što se broj rešenih predmeta u određenom vremenskom periodu (najčešće za godinu dana) podeli brojem primljenih predmeta i rezultat pomnoži sa 100. SA pokazuje da li su, i u kojoj meri, sudovi u stanju da održe korak sa prilivom predmeta u određenom vremenu, a da pri tom ne povećaju broj zaostalih predmeta. U našem žargonu, SA označava "savladvanje priliva".

Ako SA iznosi *preko 100%*, sudovi su u stanju da reše *više* predmeta nego što su primili na godišnjem nivou. U tom slučaju, sudovi sprečavaju da nerešeni predmeti budu preneti u narednu godinu kao *zaostali* iz prethodne godine. Obratno, ako SA iznosi *manje od 100%*, znači da sudovi nisu u stanju da reše sve primljene predmete, odnosno da su rešili *manje* predmeta nego što su primili. Ako SA u nekoliko uzastopnih godina iznosi *manje od 100%*, tada zasigurno dolazi do stvaranja mase zaostalih predmeta (*backlog*). Konačno, ako SA iznosi *100%*, znači da su sudovi rešili *onoliko* predmeta koliko su primili na godišnjem nivou.

Drugi važan indikator efikasnosti sudskih postupaka jeste *očekivana dužina njihovog trajanja* (u našem slučaju, *očekivana dužina upravnih sporova*), odnosno očekivan broj dana potreban za okončanje postupka. Generalno, ovaj indikator upoređuje *broj rešenih predmeta u određenom vremenskom periodu (najčešće za godinu dana) sa brojem nerešenih predmeta na kraju posmatranog perioda*. Pri tom se odnos rešenih i nerešenih predmeta može izraziti na dva načina: *preko odnosa obrta rešenih i nerešenih predmeta i vremenske dispozicije predmeta* (skr. VD). Prva mera (obrt predmeta) pokazuje udeo rešenih predmeta iste kategorije u masi zaostalih predmeta. Druga mera (VD), koja se oslanja na prvu, pokazuje očekivan broj dana koji je neophodan da predmet koji nije rešen zaista i bude rešen. Drugim rečima, VD predstavlja *indikator vremenskog okvira (timeframe)* u okviru kojeg se može očekivati da će predmet biti rešen i postupak okončan.⁷

www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2014/Rapport_2014_en.pdf, poslednji put pristupljeno 14. avgusta 2016.).

⁷ Važno je naglasiti da vremenska dispozicija *ne meri prosečno vreme koje je potrebno za okončanje svakog predmeta*. Recimo, ako VD za dva predmeta iznosi 500 dana, jedan predmet može biti okončan za 100 dana, a drugi za 500 dana. VD meri *očekivano vreme*. Recimo, ako je sud u stanju da reši 600 predmeta godišnje, a broj nerešenih predmeta na kraju godine iznosi 500, može se očekivati da će tih 500 predmeta biti rešeno u vremenskom okviru od 0 do 304 dana, što čini 83,4% vremena ($500/600 \times 100$) od 365 dana.

Treći važan indikator efikasnosti upravno-sudskih postupaka jeste *procenat rešenih predmeta u odnosu na ukupan broj predmeta u radu* (PR). On se dobija kada se ukupan broj rešenih predmeta podeli sa ukupnim brojem predmeta u radu i rezultat pomnoži sa 100.

Četvrti indikator efikasnosti jeste *koeficijent ažurnosti sudija* (KA).⁸ Koeficijent ažurnosti izračunava se tako što se broj nerešenih predmeta na kraju godine podeli sa prosečnim mesečnim prilivom u izveštajnom periodu. Prosečan priliv predmeta izračunava se tako što se ukupan broj primljenih predmeta podeli sa brojem meseci u izveštajnom periodu. Stopu ažurnosti (SA) ne treba mešati sa koeficijentom ažurnosti (KA), jer su u pitanju dva različita indikatora efikasnosti.

Ukupan broj predmeta koji ostanu nerešeni na početku ili kraju posmatranog perioda – godine (NP) već je uključen u vremensku dispoziciju predmeta (VD), ali ćemo ga zasebno posmatrati i analizirati. Takođe, analiza efikasnosti (upravnih) postupaka u našem pravnom sistemu nužno mora da uključi i *ukupan broj starih predmeta* koji čekaju na rešavanje (SP).⁹ Važno je posebno izdvojiti i analizirati broj starih predmeta, jer i ovaj podindikator može da dovede do značajnih saznanja o efikasnosti.

S druge strane, pod *kvalitetom rada sudija* podrazumeva se sposobnost i znanje u primeni materijalnog i procesnog prava, i meri se brojem presuda koje su potvrđene nakon primene redovnih ili vanrednih pravnih lekova pred višom sudskom instancom. Glavna mera za ocenu kvaliteta rada sudija jeste *mera ukupnog kvaliteta* (KR) koja se dobija kada se ukupan broj rešenih predmeta umanjuje za broj ukinutih i preinačenih odluka, pa potom podeli brojem ukupno rešenih predmeta i rezultat pomnoži sa 100.

Studija je usmerena na efikasnost upravnih sporova u Srbiji na osnovu raspoloživih podataka iz Izveštaja o radu Upravnog suda za 2010, 2011, 2012, 2013, 2014 i 2015. godinu.¹⁰

PRIKAZ REZULTATA SA DISKUSIJOM

Za izračunavanje svih napred definisanih indikatora koristili smo podatke iz Izveštaja o radu Upravnog suda u poslednjih šest godina (2010-2015). Ti podaci, po godini, uključuju ukupan broj primljenih predmeta, prosečan priliv pred-

⁸ KA se sreće samo u Izveštaju Upravnog suda za 2015. godinu, a ne i u drugim godinama.

⁹ Stari predmeti su oni koji čekaju na rešavanje *duže od dve godine*. Dužina se računa od datuma kada je predmet *prvi put primljen u sud*, prema Uputstvu za popunjavanje izveštaja o radu suda. Osim toga, dužina starih predmeta računa se i *prema datumu inicijalnog akta* (tužbe), i tako merena dužina, po pravilu, generiše veći broj starih predmeta.

¹⁰ Izveštaji su dostupni na: <http://www.up.sud.rs/cirilica/izvestaji-o-radu>.

meta po sudiji, ukupan broj predmeta u radu, broj rešenih predmeta (meritorno, na drugi način, i dr.), broj nerešenih predmeta na kraju svakog posmatranog perioda, prosečan broj predmeta u radu po sudiji i dr.

Analiza savladavanja priliva predmeta pokazuje da su 2011. godine sudije Upravnog suda imale najveću stopu ažurnosti (SA), odnosno da su uspele u najvećoj meri da savladaju priliv novih predmeta u odnosu na druge godine (116,37%). No, te godine i prosečan priliv predmeta po sudiji je najniži u celom periodu (47,84), pogotovo u odnosu na prethodnu, 2010. godinu (prosečan priliv 94,95). Potom, naredne dve godine (2012 i 2013) SA pada na najniži nivo u celom periodu (80,64%, odnosno 84,01%), ali je to praćeno povećanjem priliva novih predmeta (2013. najveći je priliv novih predmeta) i smanjenjem broja sudija u materiji (27 za obe godine). Štaviše, 2013. godine, produktivnost sudija je povećana i dostiže najvišu vrednost u celom periodu (61,54), ali, uprkos tome, priliv novih predmeta nije savladan. Potom, 2014. godine, smanjenje priliva novih predmeta i povećanje broja sudija (35) praćeno je ostvarivanjem zavidne SA (103,74%). Tom prilikom je produktivnost pala u odnosu na prethodnu godinu (53,33 u odnosu na 61,54). Konačno, 2015. godine, sudije nisu uspele da savladaju priliv novih predmeta (91,96%), uprkos povećanju broja sudija u materiji (38). Štaviše, prosečan priliv predmeta po sudiji niži je 2015. u odnosu na 2014. godinu (48,6 u odnosu na 50,4), ali je *produktivnost sudija* pala (44,6 u odnosu na 52,3).

Kada je reč o SA u *upravnim sporovima* (U), ona uglavnom prati SA u svim upravnim materijama. To je i logično s obzirom na to da upravni sporovi čine ubedljivo najveći broj predmeta u upravnoj materiji.

Procenat rešenih predmeta manje-više na sličnom nivou u celom posmatranom periodu (prosek 43,8), sa izuzetkom 2011. godine kada je nešto viši (50,92). S druge strane, procenat rešenih upravnih sporova uglavnom prati procenat rešenih predmeta u svim materijama (prosek 42,41), sa izuzetkom 2011. godine (49,96). Tokom svih godina, procenat rešenih upravnih sporova *niži je* od procenata rešenih predmeta u svim materijama, s izuzetkom 2014. godine kada je *neznatno viši*.

U pogledu ukupnog kvaliteta rada sudija Upravnog suda, postoji konstanta tokom svih godina u svim sudećim materijama (oko 99%). Drugim rečima, sudije ovog suda pokazuju visok kvalitet rada koji se iskazuje brojem potvrđenih presuda pred višom sudskom instancom. Ovaj pokazatelj treba uzeti u obzir sa izvesnom dozom rezerve, jer Zakon o upravnim sporovima iz 2009. godine ne predviđa žalbu kao redovni pravni lek, tako da ovaj indikator u stvari pokazuje da vanredni pravni lekovi nisu korišćeni u velikom broju protiv presuda Upravnog suda.

Prosečno očekivano vreme za okončanje upravno-sudskog postupka u svim materijama u Republici Srbiji u celom periodu (2010-2015) iznosi oko 470 dana, dok za upravne sporove u užem smislu iznosi oko 502 dana. Ovaj indikator ima najnižu vrednost 2011. godine, kada je očekivano vreme trajanja upravno-sudskog postupka u svim materijama iznosilo manje od godinu dana (351 dan). Takođe, vremenska dispozicija za upravne sporove ima najnižu vrednost 2011. godine (365 dana). Na početku i kraju posmatranog perioda, ovaj indikator ima najvišu vrednost (535, odnosno 505 dana). Isto se odnosi i na upravne sporove (583, odnosno 565 dana).

U pogledu produktivnosti sudija Upravnog suda, uočljiv je njen porast 2011. u odnosu na 2010. godinu, potom, blagi pad 2012. u odnosu na 2011. godinu. Zatim, ovaj indikator dostiže najvišu vrednost 2013. godine u celom periodu (61,54), nakon čega dolazi do pada 2014. i 2015. godine. Isti trend kretanja produktivnosti postoji u upravnim sporovima, sa najvišom vrednošću ovog indikatora 2013. godine (57,7).

Koeficijent ažurnosti sudija ima najbolji skor 2010. godine u svim materijama. Godine 2011. u odnosu na 2010. godinu KA naglo pada i nastavlja blagi trend pada (uz jedva приметni zastoj 2012) narednih godina, da bi najmanju vrednost dosegao na kraju perioda (2015).

Kada su u pitanju nerešeni i stari predmeti Upravnog suda, analiza je pokazala da se, nakon smanjenja broja nerešenih predmeta 2011. u odnosu na 2010. godinu, od 2011. godine nadalje, njihov broj održava na nivou preko 20.000, sa najvišom vrednošću 2015. godine (25.896). Takođe, starih predmeta ima najviše na kraju perioda (2.012). Ovaj podatak korespondira sa trendom povećanja priliva novih predmeta 2012. i 2013. godine, kada je i prosečno po sudiji bilo najviše predmeta u radu (796,63, odnosno, 925,48). Povećana produktivnost (naročito 2013. godine) očito nije mogla da dovede do preokreta trenda povećanja broja nerešenih i starih predmeta od 2012. do 2015. godine.

Nakon izračunavanja indikatora efikasnosti rada Upravnog suda prema metodologiji CEPEJ-a, ispitali smo, koristeći statističku analizu, da li postoje i koje su najznačajnije korelacije između pojedinih indikatora istraživanja. Prema rezultatima te analize, vremenska dispozicija, u skladu sa očekivanjima, negativno korelira sa stopom ažurnosti i procentom rešenih predmeta. Drugim rečima, skraćivanje očekivanog vremena potrebnog za okončanje upravnog spora praćeno je povećanom stopom ažurnosti i procentom rešenih predmeta. Ova veza pokazuje da ako se želi još kraće trajanje upravnog spora, potrebno je uticati određenim merama na sudije da budu ažurnije. Zatim, ukupan broj nerešenih predmeta, kao i starih predmeta, očekivano pozitivno korelira sa prilivom novih predmeta. Drugim rečima, u godinama u kojima je došlo do povećanja priliva novih predme-

ta, povećao se ukupan broj nerešenih i starih predmeta. Očito je to da sudije nisu bile u stanju da savladaju povećani priliv 2012. i 2013. godine, zbog čega se i povećao broj nerešenih i starih predmeta. Nalaz je važan jer ukazuje da je potrebno preduzeti određene mere u okviru Upravnog suda kako bi sudije spremnije dočekale priliv novih predmeta, do čijeg povećanja može doći iz ma kog razloga (eksterni faktor).

Konačno, statističkom analizom nije utvrđena bilo kakva korelacija između broja sudija, produktivnosti sudija, ažurnosti sudija (merene KA), njihovog kvaliteta rada i ostalih varijabli istraživanja u celom periodu. Ovo samo znači da povećanje broja sudija (koje je evidentno 2014. i 2015. kada je broj sudija najviši: 35, odnosno 38) nije imalo uticaja na pojedine indikatore efikasnosti (kao što su stopa ažurnosti, procenat rešenih predmeta ili vremenska dispozicija) u posmatranom šestogodišnjem periodu, ali ne znači da ovaj faktor (broj sudija), generalno gledano, *nema nikakav* uticaj na efikasnost upravnih sporova merenu navedenim indikatorima.

S druge strane, kvalitet rada sudija, koji se ispoljava kroz sposobnost i znanje u primeni materijalnog i procesnog prava, ne zavisi od drugih varijabli istraživanja, ali ne znači da između kvaliteta rada sudija i efikasnosti ne postoji nikakva veza. U prilog tome, u jednom drugom istraživanju koje se odnosilo na parnične postupke¹¹ utvrđena je korelacija između kvaliteta rada sudija i koeficijenta ažurnosti – posebne mere kojom se iskazuje efikasnost sudskih (parničnih) postupaka u našem sistemu. Suprotno ovom nalazu, u našoj studiji o efikasnosti Upravnog suda nije utvrđena korelacija između ažurnosti sudija (merene KA) i drugih varijabli istraživanja, uključujući i kvalitet rada sudija.

ZAKLJUČAK

Ako bismo procenjivali efikasnost upravno-sudskih postupaka samo na osnovu *stope ažurnosti (SA)*, i uzeli u obzir to da je samo u dve od posmatranih šest godina (2011. i 2014. godina) SA bila na nivou preko 100 odsto, mogli bismo izvesti zaključak da je efikasnost upravnih sporova *nezadovoljavajuća*. To i nije toliko netačno, ali se pažljivom analizom jasno može uvideti da je eksterni faktor u vidu povećanja *priliva novih predmeta* uticao na pad stope ažurnosti, samim tim i efikasnosti upravnih sporova. Upravo nam ovaj faktor otkriva zašto je porastao i broj nerešenih i starih predmeta od 2012. godine nadalje. S tim u vezi, i produk-

¹¹ Mojašević, A., Mojašević, S. *A study on Assertiveness, Efficiency and Work Quality of Judges*. Mimeo, 2016.

tivnost sudija, koja je očito porasla, naročito 2013. godine, nije bila dovoljna da anulira porast broja nerešenih predmeta.

Drugi indikator efikasnosti, *vremenska dispozicija*, ne beleži trend smanjenja, što je i logično, jer ona korelira sa stopom ažurnosti (i procentom rešenih predmeta). Gledano po godinama, ona se, sa izuzetkom 2011. i 2014. godine, održava *iznad proseka za ceo period* (470 dana). Isti trend postoji i kada je reč o upravnim sporovima. Jednostavnije rečeno, *očekivano vreme za okončanje upravno-sudskog postupka ne smanjuje se u posmatranom periodu, ali se značajno i ne povećava*.

Treći indikator efikasnosti, *procenat rešenih predmeta u odnosu na ukupan broj predmeta u radu*, manje-više je na sličnom nivou u celom posmatranom periodu, sa izuzetkom 2011. godine kada je nešto viši. S tim u vezi, prema Pravilniku o kriterijumima, merilima, postupku i organima za vrednovanje rada sudija i predsednika sudova,¹² mesečna norma za sudije Upravnog suda iznosi 25 predmeta. Ukoliko sudije završe preko mesečne norme 20% i više (što se svodi na 30 predmeta i više) njihov učinak (kvantitet) vrednuje se kao *izuzetno uspešan*. Prosek rešenih predmeta po sudiji Upravnog suda kreće se od minimalnog 38,13 (2010) do maksimalnog 61,54 (2013), te se njihov učinak (iskazan brojem rešenih predmeta), u celini, može oceniti *najvišom ocenom*!

Sagledavanjem navedenih indikatora efikasnosti, dolazimo do nalaza *da sudije Upravnog suda nisu uspele da savladaju povećani priliv predmeta, uprkos povećanoj produktivnosti*. Da je povećani priliv predmeta savladan, odnosno da je više predmeta rešeno, bio bi zabeležen bolji skor i u pogledu vremenske dispozicije. Prema tome, očito je da postoje određeni problemi u funkcionisanju Upravnog suda, te se javlja potreba za njihovom identifikacijom.

Iz nekoliko skorašnjih Izveštaja Upravnog suda (recimo, za 2013, 2014, i 2015. godinu) vidi se da se Upravni sud od 2010. godine suočavao sa nedostatkom predviđenog broja sudija, kao i sa smanjenjem broja zaposlenih. Dakle, broj radnoangažovanih ljudi u Upravnom sudu (sudije, sudijski pomoćnici i ostalo sudsko osoblje) predstavljao je ograničavajući faktor za postizanje veće efikasnosti. Dodajmo tome i probleme organizacione prirode koji su se ispoljili u prvih nekoliko godina rada Upravnog suda. Ilustracije radi, bio je propisan isti broj sudija (po četiri) u odeljenjima, a da pri tom nije uzeta u obzir činjenica različitog priliva predmeta po odeljenjima i u odnosu na sedište Suda. Iz ovih, ali i drugih razloga, od 2013. godine nadalje, Upravni sud preduzima značajne mere radi unapređenja efikasnosti, kako što su: povećanje broja sudija i preraspodela posto-

¹² Dostupan na: <http://vss.sud.rs/sr-lat/vrednovanje-rada-sudija-i-predsednika-sudova> (<http://vss.sud.rs/en/rulebook-evaluation-performance-judges>).

jećeg broja sudija u sedištu i odeljenjima; izmena godišnjeg rasporeda poslova i Programa rešavanja starih predmeta;¹³ ujednačavanje broja predmeta po sudiji, podsticanje sudija i sudijskih pomoćnika na veći napor u ostvarivanju programskih ciljeva, permanentna edukacija, i druge mere. Dodajmo i to da je upravno-pravna materija složena i raznovrsna (postoji preko 80 osnova spora, kako se navodi u Izveštajima), tako da i ovaj faktor valja uzeti u obzir pri oceni efikasnosti Upravnog suda.

Uzimajući u obzir navedene probleme u functionisanju Upravnog suda, njegova efikasnost u prvih šest godina rada može se oceniti kao *zadovoljavajuća*. Dalji rad na rešavanju ovih problema trebalo bi da utiče na poboljšanje vrednosti pojedinih indikatora efikasnosti, pre svega SA i VD. Ostaje da se prate indikatori efikasnosti upravnog pravosuđa u budućem periodu. S druge strane, kvalitet rada Suda je na visokom nivou i očekuje se da tako i ostane.

ALEKSANDAR S. MOJAŠEVIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

DEJAN VUČETIĆ, LL.D.,

Assistant Professor, Faculty of Law, University of Niš, Serbia

A STUDY ON THE EFFICIENCY OF ADMINISTRATIVE DISPUTES RESOLUTION IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

As of recently, the efficiency of the judicial systems has been increasingly in the spotlight of relevant European institutions such as the Council of Europe. The subject matter of this paper is the efficiency of Serbian administrative judiciary, with specific reference to the efficiency of administrative disputes resolution. The research goal is to examine if the procedures held in front of the Administrative Court in Serbia are efficient, within the observed six year period (2010-2015).

The efficiency of administrative disputes resolution was measured by using of several indicators based on the methodology of the European Commission for the Efficiency of Justice (CEPEJ), including the clearance rate (CR) and the duration of administrative disputes, expressed through the disposition time (DT) and case turnover ratio (CTR), the percent of solved cases related to the overall cases (PS) and the coefficient of clearance (CC) as well as the number of unsolved cases, in-

¹³ Upravni sud usvaja *Program rešavanja starih predmeta* za svaku godinu, počev od 2013. godine, kada je Vrhovni kasacioni sud usvojio tzv. *Jedinstveni program rešavanja starih predmeta u Republici Srbiji (mere, preporuke, primena i praćenje)*, Su I-1 384/13-49, 2013.

cluding the old ones. On the other hand, the quality of judicial work is measured through the number of judgments that were confirmed on appeal or upon filing for an extraordinary legal remedy. At the same time, the principal guiding measure for assessing the quality judicial work is the measure of overall quality (WQ) which is obtained when the total number of solved cases is reduced by the number of revoked or modified ones and the resulting number is divided by the total number of solved cases and then multiplied by 100.

The authors conclude that external factors (such as the influx of new cases) have to be taken into account, in assessing the efficiency of the Serbian Administrative Court judges, because based solely on the clearance rate which was over 100% in only two of the observed six years the level of efficiency can be regarded as unsatisfactory. Second analyzed indicator, the disposition time, is consistently over the average value for the whole examined period (470 days). In other words, the time needed for resolving of an administrative dispute did not decrease in the observed period of time. The third indicator, the percentage of solved cases in relation to the overall number of cases, was almost the same throughout the observed period, except in 2011 when it was slightly higher than usual.

Taken together, these indicators lead to a conclusion that in spite of the heightened productivity, the Administrative Court judges were not able to deal with an increasing number of cases. Furthermore, this indicates that there must be some problems within the Administrative Court functions and organization that need to be identified and solved. These problems include lack of staff (judges, judicial assistants and other court personnel), problems of organizational nature (for example, inadequate number of judges in departments of the Court departments) as well as the large number of complex administrative matters in which administrative disputes can be raised.

If all of these limiting factors are taken into account the efficiency of Administrative Court judges can be assessed as satisfactory. In the future, there is a room for improvement in regards to the indicators of efficiency of judicial work, as opposed to the quality of the judicial work which should be held at the current high level (almost 100%).

TREĆA KATEDRA

PRAVO NA IMOVINU

**Opšta pitanja – Kodifikacije – Svojina
– Ugovor i odgovornost za štetu**

SLOBODAN PEROVIĆ

PREDNACRT GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

OPŠTI ZNAČAJ KODIFIKACIJE

Na putu stalnog nastavljanja i usavršavanja pravnog poretka, jedna od značajnih etapa je i donošenje velikih zakonika kojima se u celini obuhvataju određene oblasti društvenog života. Do ovakvih kodifikacija obično se dolazi posle dužeg razvoja, kad se pravni odnosi dovoljno iskristališu i učvrste, odražavajući na taj način stabilnije društvene odnose. Ali, za uspešnu kodifikaciju potreban je i odgovarajući stepen razvoja pravne nauke, parktikularnog zakonodavstva i sudske i poslovne prakse sa izgrađenim normama ponašanja, pravnih pojmova i ustanova.

To ne može biti samo jednostruki, usko stručni i pravno tehnički pogled i fakt, već istovremeno i izraz čitavog raspona izvanpravnih činilaca čija sadržina zavisi od prirode i stepena razvoja društvene zajednice, njenog kulturnog identiteta, ekonomske kontitucije i organizacije, filozofskog i političkog opredeljenja moralne emancipacije, stanja javnog mnjenja u pogledu pravičnosti kao konkretno zovanje pravde, tolerancije kao visokog stepena razuma i demokratske kulture zasnovane na sveopštoj harmoniji u razlikama po rođenju ili ubeđenju, kulture mira kao osnovne odrednice, kao i drugih srodnih ili sličnih izvanpravnih činilaca koji bitno utiču na sadržinu i sistem identiteta određene kodifikacije.

Prof. dr Slobodan Perović, Predsednik Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije.

Kada jedna kodifikacija prihvati, u suštini i formi, i na dosledan način izrazi ukupnost pomenutih determinanti, onda takva kodifikacija, bez obzira na prostor i vreme, uveličava bogatstvo opšte pravne zajednice i svih njenih individualiteta i organizovanih socijaliteta. Ona, u vidu Zbornika sakuplja i vrši kvalitativnu harmonizaciju partikularnog prava i na taj način uvećava pravni sistem za još jednu univerzalnu dimenziju prava kao nauke o dobrom i pravičnom: *ius est ars boni et aequi*.

Drugim rečima, jedan opšti Građanski zakonik koji obuhvata široku oblast srodnih pravnih disciplina, nije, kako to može izgledati neobaveštenim nepravnicima, samo zbir dosadnih propisa kojima se samo određuje šta se sme, a šta ne sme činiti.

Kodifikacija u vidu Građanskog zakonika je nešto mnogo više. Svaka njena odredba je izraz neke ideje – socijalne, filozofske, političke, ekonomske, običajne i svake druge koja doprinosi vladavini pravednog prava u jednoj pravno organizovanoj zajednici. I po tome: opšti Građanski zakonik je u izvesnom smislu izraz postojećeg stanja, ali istovremeno, on ima i jednu aktivnu ulogu koja se ogleda u širenju tih ideja i ukazivanju na pravce razvoja tih ideja.

U tom smislu, dovoljno je pomenuti kodifikovane građansko-pravne ustanove evropske pravne civilizacije koje su nadživele sve vekove od prvobitnih izvora rimskog prava, sve do naših dana. Dakle, jedna velika tradicija evropske familije prava kojoj mi neminovno pripadamo i koja, pored normativnog dela, širi ideje komutativne i distributivne pravde.

I zato, velike kodifikacije na polju civilnog prava nikada ne prestaju da žive. Vremenom, upotrebom državne vlasti, one mogu biti stavljenje van pravne snage, ali nikada i van snage života i naučnog univerzuma.

Uzimajući u obzir sve ove činioce, kodifikacija ne sme da preraste u prepreku daljeg razvoja prava, opasnost koja se iskazuje već iz samog pojma kodifikacije kao čvrstog zakonodavnog okvira.

I zbog toga, kodifikacijski akt treba da zadovolji dve naizgled suprotne težnje: da učvrsti već izgrađene odnose preko jedne koherentne celine doprinoseći većem poštovanju načela pravne sigurnosti, ali i da istovremeno ne zatvara put daljoj evoluciji prava, već naprotiv da tu evoluciju podstiče.

Kodifikacija prava ne može, dakle, izolovano delovati, izvan drugih društvenih instituta i zahteva. Evolucija i promene pravnih pravila su, s jedne strane, nužne jer one treba da prate razvoj društvenih odnosa i zahteve koji proizilaze iz tih odnosa, ali, s druge strane, pravne ustanove organizovane u kodifikatorskom

delu, moraju biti prožete načelom pravne sigurnosti koje će stalno pratiti pravo u pokretu, u njegovoj neprestanoj dinamici.

Ako bi jedno pravo bilo lišeno potrebne doze pravne sigurnosti, ako bi jedno pravo čas bilo pravo, a čas antipravo, ako ne bi bilo objektivnih kriterijuma u njegovoj primeni, onda takvo pravo ne može računati na krila. To bi bila samo neka papirna egzistencija prava ili samo spisak samo lepih želja. Drugim rečima, načelo pravne sigurnosti je neminovni atribut svakog pravnog poretka i ono ne može biti dovedeno u pitanje. Ali, isto tako načelo pravne sigurnosti ne sme pravne kategorije da okameni u večnosti, jer bi tada, kao i u prvoj hipotezi izdalo sebe i svoju vokaciju koju ima u društvu. O toj okolnosti svaka uspešno izvedena kodifikacija mora voditi računa.

Zato je na tvorcima svake uspešno izvedene kodifikacije, između ostalog, i ta odgovornost da pronađu najadekvatniju optiku kojom će prepoznati one odnose koje kodifikacija treba da reguliše tako što će stvaralačkoj sudskoj praksi pružiti više prostora snabdevajući je samo generalnim klauzulama (npr. dužna pažnja, najbolji interesi deteta, savesno ponašanje), ali za razliku od onih odnosa koje treba čvrsto fiksirati, čak i do stepena matematičke preciznosti (npr. oštećenje preko polovine kod dvostrano obaveznih ugovora gde vlada princip ekvivalencije uzajamnih davanja).

Naprotiv, ukoliko u jednom pravnom sistemu izostane pravna sigurnost, kako u izvoru, tako još više u njegovoj primeni i postupku izvršenja, kada dođe do vladavine socijalne, ekonomske i pravne nesigurnosti, onda se gubi vera u autoritet prava. To sve govori o obeležjima krize pravnog sistema, dakle, o jednom stanju u kome se odlučuje o transformaciji društvenih i pravnih ustanova.

Drugim rečima, kriza pravnog sistema postoji u slučaju kada njegova dalja egzistencija zapadne u stanje odlučujućeg trenutka transformacije, i to usled takvih nedostataka u kakvoći i količini prava, koji su doveli do neprimene ili neobjektivne primene prava, ugrožavajući ustavnost i zakonitost do te mere, da je, po opštem mišljenju, pravna nesigurnost postala društveni fakt.

Svi elementi krize pravnog sistema, počev od nedostataka u kakvoći prava (neusklađenost, prekomero normiranje, ishitrenost rešenja, eho života, formalizam, jezik zakona, visok stepen potrebe tumačenja zakona), pa preko nedostatka u količini prava (hipertrofija, česte izmene, pravna svest), sve do neprimene i neobjektivne primene (nužnost pojave, uzroci), i ugroženosti načela ustavnosti i zakonitosti, slivaju se u jedan zbirni atribut krize koji se zove pravna nesigurnost.

Svaka uspešno izvedena kodifikacija znatno doprinosi jačanju pravne sigurnosti kao neminovne pretpostavke pravne države i univerzalne vrednosti.

EVOLUCIJA SRPSKOG ZAKONODAVSTVA

Kada je reč o kodifikaciji građanskog prava u Srbiji, treba, pre svega, prime-
titi da je Srbija još pre 170 godina donela svoj Zakonik graždanskij za Knjaževstvo
Srbsko, tačnije na Blagovesti 1844. godine. To je bio jedan od prvih zakonika ove
vrste u tadašnjoj evropskoj familiji prava, tačnije, treći posle francuskog Code ci-
vil-a 1804. i austrijskog Opšteg graždanskog zakonika iz 1811, koji je bio više nego
uzor Srpskom graždanskom zakoniku. Rađen je od 1828–1844. godine, sa prekidi-
ma s obzirom na kolebanja između pomenutih zakonika koji bi od njih trebalo da
bude uzor.

Ovaj zakonik je bio na snazi punih 100 godina sve do 1946. godine, kada
je zajedno sa svim zakonika predratne Jugoslavije izgubio pravnu snagu pod dej-
stvom revolucionarne svesti kao izvora prava.

To je, možda, jedini primer u istoriji da se jednim zakonom ukidaju svi do
tada važeći zakoni, dakle, da se izvrši abrogacija celokupnog pravnog sistema koji
je u ovoj oblasti, po mnogim pitanjima, izražavao tekovine rimskog prava, ili šire,
građanskopravne ustanove evropske familije prava. Od tog vremena, pa sve do
danas, Srbija nije izvršila kodifikaciju u vidu opšteg graždanskog zakonika. Ili sa-
svim konkretno: Srbija je danas jedna od retkih zemalja koja nema svoj Građan-
ski zakonik, što je teško razumeti ako se zna da je bila među prvim evropskim ze-
mljama koja ga je imala još sredinom 19. veka.

Ali, nije sve tako nepremostivo što bi na prvi pogled izgledalo. Naime, veli-
ki deo materije građanskog prava kod nas je parcijalno regulisan, tako da tu ima-
mo zelena polja, čitave oaze pozitivno-pravnih rešenja i to na visokom stepenu
pravne kulture, kao što je postojeći Zakon o obligacionim odnosima (1978) koji je
nam je doneo sve epitete upućene od naše i inostrane javnosti. Posle nestanka Ju-
goslavije kao državne tvorevine, ovaj Zakon je u najvećoj meri preuzet od strane
bivših republika Jugoslavije, dakle, država se raspala a Zakon preživeo.

KOPAONIČKA ŠKOLA PRIRODNOG PRAVA
RODNO MESTO PREDNACRTA GRAĐANSKOG ZAKONIKA

Inicijativa. – Prve značajne korake u pravcu predloga za izradu Građanskog
zakonika Republike Srbije, preduzela je Kopaonička škola prirodnog prava, koja
je, u okviru svoje naučne kompetencije u oblasti prirodnih (ljudskih) prava, a po-
seбно sa obrazloženom inicijativom njene Katedre za kodifikaciju građanskog pra-
va, učinila je ovaj predlog delotvornim, s obzirom da je isti prihvaćen od strane
Vlade Republike Srbije formiranjem Komisije za izradu Građanskog zakonika Re-

publike Srbije (Službeni glasnik Republike Srbije, br. 104/06, 110/06, 85/09). U stvari, to nije bilo ni brzo, ni jednostavno. Kopaonička škola je činila višegodišnje predloge od 2002–2006. godine. Zvuk jačine ove inicijative nailazio je na muk tišine.

Međutim, pošto je Kopaonička škola u međuvremenu dobila opšta priznanja u pravničkoj domaćoj i inostranoj javnosti, i posle njene Deklaracije (2002) koja je prevedena i objavljena na šest svetskih jezika, i posle dobijanja pokroviteljstva UNESCO-a (2005) i publikovanim dokumentima u časopisnoj literaturi, najzad, kao što je već istaknuto, 2006. godine formirana je Komisija za izradu Građanskog zakonika u čijem je sastavu, po predlogu osnivača i predsednika Udruženja Kopaoničke škole prirodnog prava, bilo imenovano 12 članova, koji su uglavnom bili istaknuti članovi Kopaoničke škole, profesori građanskog prava, kao i drugi stručnjaci iz ove oblasti. Formirane su i radne grupe izvan sastava Komisije po kriterijumu stručnosti.

Na osnovu gore izloženih inicijativa, u svojstvu osnivača i Predsednika Udruženja Kopaoničke škole prirodnog prava, pripala mi je naučna čast da uputim zvanični predlog Vladi za obrazovanje Komisije za donošenje Građanskog zakonika Republike Srbije, sa osnovnim razlozima i potrebi za donošenje ovog zakonika. U istom predlogu imenovani su i mogući članovi Komisije koji su kompetentni da rade u ovoj Komisiji. Ta lista predloženih kandidata uglavnom je usvojena sa docnijim izmenama i dopunama (videti gore pomenute brojeve Službenog glasnika i naročito objavljenu knjigu pod naslovom *Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije – Izveštaj Komisije sa otvorenim pitanjima*, Beograd, novembra 2007, str. 407 sa imenima predloženih kandidata za članove Komisije i njihovim biografskim i bibliografskim podacima str. 13–16 pomenute knjige).

Pomenuti predlog, pored gore rečenog sadržavao je osnovne razloge i potrebu za donošenje Građanskog zakonika koji su u potpunosti prihvaćeni od strane Vlade.

Ovde se, radi opšteg uvida u rad Komisije, iznose svih jedanaest tačaka o osnovnim razlozima za donošenje Građanskog zakonika Srbije. Oni glase:

- Polazeći od postojećeg stanja zakonodavstva u oblasti građansko-pravnih odnosa, ustanovljene sudske prakse i razvijene pravne teorije, stvoreni su svi neophodni uslovi za kodifikaciju građanskog prava u obliku Građanskog zakonika Republike Srbije, za čije donošenje je ustavni osnov neosporan.

- Ova kodifikacija bi obuhvatila klasična područja građanskog prava: ustave Opšteg dela građanskog prava; stvarno pravo sa svojimom kao centralnom

ustanovom društvenog i pravnog poretka i pravima izvedenim iz svojine – službenosti, založno (hipotekarno) pravo; obligaciono pravo sa ustanovama ugovora i prouzrokovanja štete kao osnovnih izvora obligacionih odnosa; nasledno pravo sa testamentom i zakonskim naslednim redom kao osnovama za nasleđivanje; porodično-pravni odnosi, a posebno imovinski odnosi, kao i druge izvedene discipline koje su u tesnoj vezi sa klasičnim građanskim pravom, a koje su se u našem pravnom sistemu razvile do stepena mogućnosti njihove kodifikacije.

– Srbija je, kao što je dobro poznato, donela svoj Građanski zakonik još 1844. godine, koji je bio na snazi punih sto godina, sve do 1946. godine, kada je, zajedno sa svim zakonima Srbije i predratne Jugoslavije, izgubio pravnu snagu pod dejstvom “revolucionarne svesti” kojom je izvršena abrogacija do tada važećeg celokupnog pravnog sistema, a koji je, u ovoj oblasti izražavao tekovine evropske pravne civilizacije. Od tog vremena, pa sve do danas, Srbija nije izvršila kodifikaciju u vidu opšteg Građanskog zakonika, pa se u tom pogledu, nalazi u dužničkoj docnji u odnosu na druge zemlje u okviru Evropske familije prava.

– Na izradi ovakve kodifikacije, istorijsko i komparativno iskustvo ukazuje na činjenicu da ona traje veoma dugo. Međutim, kada je reč o radu na izradi Građanskog zakonika Srbije treba konstatovati da bi taj rad trajao daleko kraće, a to znači da bi Srbija u toku narednih godina mogla dobiti svoj Građanski zakonik. Ova konstatacija zasniva se, pre svega, na činjenici, da je najveći deo materije već regulisan posebnim zakonima, a neki od njih na visokom stepenu evropske pravne kulture, kao što je postojeći Zakon o obligacionim odnosima, što je konstatovano, ne samo od naše, već i od evropske pravničke javnosti. S druge strane, i druge oblasti su delimično ili u celini već regulisane, tako da sve to daje solidnu osnovu za izradu Građanskog zakonika u predvidljivom roku.

– Rad na izradi Građanskog zakonika ne svodi se samo na prostu recepciju postojećih posebnih zakona u ovoj oblasti i njihovo tehničko uobličavanje u smislu Kodeksa. On bi, pre svega trebalo da obuhvati analizu postojećih zakonskih rešenja, njihovo osavremenjivanje i dogradnju, a naročito njihovo usklađivanje, kako međusobno, tako i sa savremenim tekovinama civilizacije prava, pravne prakse i pravne teorije, opšte i naše.

– Neophodna je odgovarajuća zakonska rešenja u ovoj oblasti usaglasiti sa rešenjima ratifikovanih međunarodnih konvencija, kao i drugim međunarodnim standardima, a naročito sa pravom Evropske unije, gde je u toku rad na izradi Građanskog zakonika EU, rad koji se neće okončati u neposrednoj budućnosti, ali koji bi svakako bio u paralelnoj optici rada na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije. Pojedina rešenja u ovoj oblasti trebalo bi usaglasiti sa čitavim sistemom smernica koje dolaze iz Evropske unije, a koje se odnose na sasvim

konkretna pitanja iz ove oblasti prava. To je danas fakt, ne samo sa zemljama članicama Evropske unije, već i sa onim zemljama koje se nalaze na putu ka članstvu u Evropsku uniju, gde se nalazi i Republika Srbija i njen pravni sistem.

– Srbija je danas jedna od retkih zemalja koja početkom XXI veka nema svoj Građanski zakonik, što je, teško razumeti ako se zna da je ona bila među prvim evropskim zemljama koje su još u XIX veku imale svoj Građanski zakonik. Stoga, izradu Građanskog zakonika, treba otpočeti bez odlaganja, ne samo zbog urgentne potrebe, već i zbog opšteg stanja našeg prava, njegove istorije i kulture, kao i zbog značajnog koraka ka vladavini pravne sigurnosti, jer svaka kodifikacija u oblasti Građanskog prava, kao što je poznato, već samim svojim postojanjem uveličava bogatstvo pravne zajednice i doprinosi stabilnosti pravnih ustanova, što predstavlja jedan od neophodnih uslova konstitucije pravne države. Ona omogućava svim pravnim subjektima, kako građanima, tako i pravnim licima da na jednom mestu imaju korpus svih građanskih subjektivnih prava.

– Ako se, pođe od činjenice da su sve kodifikacije privatnog prava na evropskom kontinentu bile prožete tekovinama pravne nauke, i da su one, upravo u vremenu pojave tih kodifikacija i njihovog oživotvorenja u praksi, doživljavale za-pažen progres, onda nema razloga da bude drugačije i sa kodifikacijom građanskog prava u Srbiji.

– Uzimajući u obzir rezultate pravne nauke i rešenja komparativnog prava, ta kodifikacija ne bi smela da preraste u prepreku daljeg razvoja prava, posebno autonomnog prava privrednih subjekata, opasnost koja se iskazuje već iz samog pojma kodifikacije kao čvrstog zakonodavnog okvira. I zbog toga kodifikatorski akt treba da zadovolji dve naizgled antinomne težnje: da učvrsti već izgrađene odnose jedne koherentne celine doprinoseći većem poštovanju načela pravne sigurnosti, ali i da istovremeno ne zatvara put daljoj evoluciji građanskog prava i stalnog usavršavanja pravnog poretka u celini, već naprotiv, da tu evoluciju podstiče.

– Na tvorcima i ove kodifikacije, između ostalog, leži i ta odgovornost da pronađu najadekvatniju optiku kojom će prepoznati one odnose koje kodifikacija treba da reguliše tako što će stvaralačkoj sudskoj i poslovnoj praksi pružiti više prostora, snabdevajući je samo gipkim normama koje se mogu prilagođavati realnom životu (standard, običaj, pravičnost, savesnost i poštenje), za razliku od onih odnosa koje treba čvršće zakonom postaviti i fiksirati.

– Potrebe prakse, naročito privredno-poslovne prakse, brzo se menjaju pod uticajem različitih faktora (državni intervencionizam, finansijsko tržište, nadnacionalne asocijacije), a naročito pod uticajem naglog tehničkog razvoja koji donosi nove načine komuniciranja i nove sadržaje građansko pravnih odnosa. Sve to go-

voru u prilog stanovištu da se prilikom izbora pojedinih rešenja kao posledice ove ili one teorije, mora voditi računa o potrebama praktičnog života jer i kodeks, kao i svaki dugi zakon se donosi upravo radi tog realnog i što kvalitetnijeg i humanijeg života, a ne radi zadovoljenja neke teorije koja ne odgovara tim zahtevima. Otuda je potrebno učiniti zajednički napor da kodifikacija građanskog prava, ne samo u njenom nastanku, već naročito u vremenu njene primene i oživotvorenja u praktičnom svetu doprinese ostvarivanju očekivanih rezultata.

Kontinuirano učešće i praćenje rada. – Kontinuirano praćenje rada Komisije za izradu Građanskog zakonika Republike Srbije odvijalo se uglavnom u tri pravca: 1) tradicionalni decembarski susreti domaćih i inostranih pravnika evropskih i vanevropskih zemalja u okviru Kopaoničke škole prirodnog prava; 2) tromesečni izveštaji Komisije upućeni Generalnom sekretarijatu Vlade odnosno Ministarstvu pravde koje je imalo i svoje predstavnike u Komisiji; 3) objavljivanje pojedinih delova Prednacrtu u obliku štampanih knjiga kao i u elektronskoj formi, što je sve skupa imalo odgovarajući odjek u praktičnoj javnosti, a što se ogleda i u brojnim napisima i odgovarajućim časopisima, zbornicima i drugim oblicima komunikacija.

U okviru pomenutog kontinuiranog rada Kopaonička škola je, svake godine na tradicionalnim decembarskim susretima, donosila Završna dokumenta u kojima je formulisala svoje zaključke o mnogim pitanjima koja su predmet rada na kodifikaciji, što je, bez sumnje, uticalo i na sadržinu Kodifikacije. Ta hronologija je bila dugotrajna, argumentovana i publikovana u Porukama pomenutih završnih dokumenata (od 2002–2015. g.). Zbog obimnosti tog materijala, ovde upućujemo na ta Završna dokumenta.

Rezultati rada. – Komisija je održala 85 sednica na kojima je vođen i elektronski zapisnik. Prednacrt sadrži 2.838 članova i oko 500 alternativnih predloga, što je siguran povod za uspešno održavanje javne rasprave. Komisija smatra da će veliki broj alternativnih predloga omogućiti definitivna kvalitetnija rešenja u predstojećem Nacrtu ovog zakonika koji bi tada mogao ući u zakonodavnu proceduru. Alternativna rešenja, po mišljenju Komisije, doprinose izboru adekvatnih rešenja uzimajući u obzir sve aspekte Zakonika, posebno našu i evropsku komparativnu sudsku i poslovnu praksu. Pomenuti broj članova Prednacrtu odgovara nekom komparativnom standardu evropskih kodifikacija građanskog prava donesenih u drugoj polovini 20. veka i prvoj polovini 21. veka, za razliku od kodifikacija građanskog prava iz 19. veka čiji je broj nešto manji i koji iznosi negde od 1.000 do 1.500 članova. Naš Zakon o obligacionim odnosima (1978) na kome se radilo 16 godina, sadrži 1.108 članova, što predstavlja samo jedan deo opšteg Građanskog zakonika, a koji je posle više od tri decenije primene dobio sve epitete

naše i međunarodne, a posebno evropske kontinentalne pravničke javnosti. Upravo stoga, on je, najblaže rečeno, u svemu kompatibilan sa *Načelima evropskog ugovornog prava* iz 2000. godine koja čine samo jedan mali deo eventualno budućeg Građanskog zakonika Evropske unije.

Sve to govori o opravdanom očekivanju da će posle uspešne javne rasprave o Prednacrtu Građanskog zakonika, Srbija, posle 170 godina računajući od 1844. godine kada je među prvima u Evropi donela *Zakonik građanski za Knjaževstvo Srbsko*, dobiti kodifikovano građansko zakonodavstvo u vidu Građanskog zakonika Republike Srbije, u skladu sa tekovinama evropske pravne civilizacije u ovoj oblasti ukupnosti pravnog sistema.

Pojedine delove Prednacrt, Komisija je posebno publikovala tako da je u toku rada u okviru Ministarstva pravde 2009. godine objavljen deo o obligacionim odnosima koji je bio predmet diskusije u organizaciji ovoga Ministarstva u prisustvu 120 pozvanih pravnika, najvećim delom iz prakse. U istoj organizaciji održana je 2012. godine javna rasprava iz porodičnog prava i nasleđivanja.

Kompletan Prednacrt je početkom jula 2015. godine bio predmet diskusije na Pravnom fakultetu u Beogradu, takođe, u organizaciji Ministarstva pravde, gde je saopštena odluka ovog Ministarstva da se otvara javna rasprava o Prednacrtu. Posle toga održane su tri javne rasprave i to pred apelacionim sudovima u Nišu, Novom Sadu i Kragujevcu, kao i pred apelacionim i kasacionim sudom u Beogradu sa proširenim auditorijumom. U tom smislu, kasnije su održane veoma brojne rasprave na tradicionalnim skupovima pravnika, profesionalnih udruženja i opšte medijske javnosti.

NAČELNA OPREDELJENJA

Prednacrt započinje odredbama koje su svojstvene celom Zakoniku i koje predstavljaju *kohezionu snagu* svih drugih članova raspoređenih prema kriterijumu prirode građansko-pravnih odnosa. Predmet regulisanja Zakonika obuhvata opšti deo građanskog prava, ugovorne i druge obligacione odnose, svojinu i druga stvarna prava, porodične odnose, nasleđivanje.

Cilj Zakonika je formulisan rečima: da sva ljudska bića rađaju se slobodna i jednaka u dostojanstvu i pravima. I po tome: Zakonik svim svojim odredbama teži ostvarenju vrline pravde.

U tom smislu se proklamuje i načelo jednakosti ljudskih prava prema kome Zakonik na odgovarajući način predviđa istu zakonsku zaštitu celokupnosti ljudskih prava u svim oblastima koje čine predmet njegovog regulisanja. Sud ili dru-

gi nadležni organ dužan je da ovu zakonsku odredbu primenjuje na sve subjekte bez ikakvih razlika u pogledu rase, boje, pola, jezika, veroispovesti, političkog ili drugog mišljenja, nacionalnog ili društvenog porekla, imovine, rođenja ili drugih srodnih ili sličnih okolnosti.

U stvari, već iz preambule Prednacrtu utvrđuje se njegova orijentacija na ostvarenje i jačanja vladavine *pravednog* prava. Pri tome, preambula dalje predviđa da Zakonik nastavlja tekovine evropske pravne civilizacije u oblasti kodifikacije građanskog prava, a pri tome, polazi od razvoja pravne nauke, zakonodavstva i sudske prakse u pravnom poretku Republike Srbije.

NAČELO VRLINE PRAVDE I DOSTOJANSTVO LIČNOSTI

Kada se pravo shvati i ostvari u sklopu pravde, kada opšta konstatacija jedne zajednice prihvati pravdu kao stožernu vrlinu, tada pravo te zajednice postaje legitimno u svom izvoru i legalno u svojoj primeni. Tada, pravo postaje sve manje nelegitimno nasilje, a sve više područje samosvesne slobode. To su prostori vladavine pravednog prava kao kulturnog čina.

Pravda je temelj Škole prirodnog prava, počev od grčkih sofista (V vek stare ere) pa preko Platona i Aristotela (komutativna i distributivna pravda), sve do Huga Grocijusa, Pufendorfa, Tomaziusa, sve do Kanta (kategorički imperativ) i posle njega. Pravda je temelj svih konvencija i drugih izvora međunarodnog prava, počev od Univerzalne deklaracije o pravima čoveka UN iz 1948. godine, i posle nje, u mnoštvu međunarodnih dokumenata miroljubivih asocijacija i integracija kao i regionalnih i nacionalnih ustavnih uređenja.

Svi ovi i mnogi drugi razlozi, opredelili su Komisiju da pravdu ugradi u Prednacrt kao stožernu vrlinu koja predsedava svim ustanovama ove Kodifikacije.

Pored vrline pravde Prednacrt proklamuje i dostojanstvo ličnosti koja se nerazdvojno povezuje sa pravdom odnosno pravičnošću kao konkretizovanom pravdom. Dostojanstvo ličnosti Prednacrt predviđa u odeljku o pravima ličnosti i kao zbirni pojam sasvim konkretnih ličnih prava, kao što su – pravo na život, telesni i moralni integritet, pravo na racionalnu slobodu, čast, ugled, porodični mir i druga prava ličnosti.

Inače, dostojanstvo ličnosti, u međunarodnim i nacionalnim okvirima, zauzima prvo mesto u redosledu nabranja prava ličnosti, kao što su: Univerzalna deklaracija o pravima čoveka (1948); Povelja osnovnih prava Evropske unije; Ustav Republike Srbije (2006).

U tom kontekstu, Prednacrt proklamuje da je dostojanstvo ličnosti neprikosnoveno i da su svi dužni da ga poštuju. Iz prava na dostojanstvo proizilaze sva druga prava ličnosti. U stvari, dostojanstvo je apsolutna svrha ljudskosti, pretpostavka svake racionalne slobode ljudi bez obzira na njihove razlike po rođenju ili ubedenju. Dostojanstvo podrazumeva sveopštu tolerantnost kao izraz najvišeg stepena individualnog i opšteg razuma, iznad svega, dostojanstvo donosi kulturu mira.

Sasvim konkretno, uzimajući u obzir sve atribute dostojanstva mogli bi reći da je dostojanstvo neprikosnovena i neotuđiva sveobuhvatna ustanova ljudskih vrlina ustaljenih u jednom organizovanom socijabilitetu, i kao apsolutna svrha ljudskosti zaštićena je pravnim i moralnim imperativima prirodnog i pozitivnog prava. Kao što se vidi, iz ovako određenog pojma dostojanstva proizilaze sledeća svojstva: dostojanstvo ima univerzalnu vrednost; dostojanstvo je neprikosnovena i neotuđiva ustanova; dostojanstvo je sveobuhvatna ustanova ljudskih vrlina; dostojanstvo je zaštićeno pravnim i moralnim imperativima; dostojanstvo je istovremeno ustanova prirodnog i pozitivnog prava.

Da bi ovako određena ustanova dostojanstva bila u stanju da oživotvori pomenuta svojstva, potrebno je da se u određenoj zajednici ispune sledeće pretpostavke: vladavina slobode, pravde, morala, tolerantnosti, pravne sigurnosti, i najzad, kultura mira kao zajednički kapacitet pomenutih pretpostavki. Imajući sve ovo u vidu, Prednacrt je ustanovi dostojanstva dao prioritet u materiji prava ličnosti.

NAČELO SAVESNOSTI I POŠTENJA

Načelo savesnosti i poštenja Prednacrt uvodi u svoje odredbe rečima da je savesnost i poštenje vrhovno načelo Zakonika i da se primena ovog načela ne može isključiti ili ograničiti, što znači da je imperativnog karaktera. Savesnost i poštenje se pretpostavlja, a ko tvrdi suprotno, dužan je da to dokaže. Smatraće se da je savestan onaj koji nije znao ili u konkretnoj situaciji nije mogao da zna za čije ili okolnosti od bitnog značaja za ostvarivanje ili zaštitu određenog građanskog prava.

Savesnost i poštenje, taj plemeniti glas Univerzuma i njegov odjek u opredeljenom Individualitetu, čini pravni poredak svake organizovane zajednice bogatijim za još jednu dimenziju ljudskosti, humanijim za jedan viši stepen moralne dispozicije, za još jedan krug kulture mira i vrline pravde.

Naprotiv, onaj pravni sistem koji sopstvenim činom ili agresijom drugih, liši sebe epiteta savesnosti i poštenja, pretvara podnošljivo polje prava u nepodnošljivo "zakonsko nepravo". Ono nepravo, koje jednogumnom snagom i samovo-

ljom zakonskog fakta, briše pravnu civilizaciju izraženu u prvoj zapovesti Digesta: *Honeste vivere*, a s njom i sve izvedene imperative – nikoga ne vređati i svakome dati ono što mu pripada.

Savesnost i poštenje je ljudska vrlina koja podrazumeva subjektivnu procenu o konkretnom Dobrom ili Lošem ponašanju, i to na osnovu odgovarajućih standarda vladajućih na određenom prostoru i vremenu a koji su zaštićeni normama prirodnog i pozitivnog prava.

Iz ovoga proizilaze sledeći elementi: savesnost je ljudska vrlina; savesnost podrazumeva subjektivnu procenu kao glavni kriterijum za rasuđivanje; savesnost prosuđuje o Dobrom i Lošem ponašanju; savesnost proizilazi iz ustaljenih pravila ponašanja – društvenih standarda; savesnost kao subjektivna procena zasnovana je na objektivnim vrednostima s obzirom na prostor i vreme; savesnost uživa apsolutnu zaštitu prirodnog prava i relativnu zaštitu pozitivnog prava.

Široko polje primene. – Kada je u pitanju primena načela savesnosti i poštenja u konkretnim pravnim ustanovama, treba reći da se ono primenjuje na širokom polju građanskopravnih disciplina, i u tom smislu ovde navodimo samo neke značajne primere. Tako, načelo ekvivalencije odnosno načelo jednake vrednosti davanja u zasnivanju dvostranih ugovora povređeno je npr. kod prekomernog oštećenja, zelenaških ugovora, uticaja promenjenih okolnosti na egzistenciju ugovora, prevara, pretnja i prinuda kao mana volje, tumačenje ugovora, pravična naknada, pregovori, ugovori po pristupu, i druge slične pravne situacije.

Načelo savesnosti i poštenja, pored obligacionog prava, naročito je zastupljeno u stvarnom pravu, posebno kod različitih načina sticanja svojine. Tako, za originalno sticanje svojine putem održaja zahteva se savesna i zakonita državina sa različitim rokovima za pokretne i nepokretne stvari; za sticanje svojine od nevlasnika, između ostalih uslova, neophodna je savesnost sticaoca na pokretnoj stvari koju je pribavio uz naknadu od nevlasnika koji u okviru svoje delatnosti stavlja u promet takve stvari.

Kada su u pitanju različiti načini sticanja svojine putem priraštaja kao što su građenje i sejanje na tuđem zemljištu, pored drugih uslova, načelo savesnosti je od bitnog značaja za rešenje svih pomenutih pitanja. U svim tim slučajevima, između ostalog, gleda se na savesnost odnosno nesavesnost jedne ili druge strane u postupku sticanja prava svojine.

NAČELO AUTONOMIJE VOLJE

Svaki pravni sistem u svom mozaiku pravnih normi nalazi mesta i za jedno područje na kome su veće mogućnosti individualne aktivnosti i egzaltacije lično-

sti. To je domen, bar u principu, inicijative stranaka i mogućnosti regulisanja njihovih pravnih odnosa putem njihovih voljnih akata, ali uvek u okviru i duhu zakonom utvrđenih granica. Tako, s jedne strane, pravni poredak dopušta slobodu ugovornog uređenja odnosa, ali, s druge strane, predviđa i granicu do koje se ta sloboda može prostirati. To je posledica duboke potrebe zajednice da dopusti i omogući slobodno ispoljavanje volje određenih subjekata, ali i da vodi računa o opštim normama zajednice koje se ne mogu prepustiti individualnoj arbitrnosti i proizvoljnosti. Postoji jedan pravni i moralni poredak koji izražava opšte potrebe određene pravno organizovane zajednice i koji, u krajnjem ishodu, služi i kao garantija upravo individualnoj volji i njenom ispoljavanju. Otuda, norme koje predstavljaju opšteusvojena pravila ponašanja do stepena njihove imperativnosti, ne mogu biti narušene voljom stranaka. Te norme izražavaju opšte i zajedničke interese, pa i interese samih stranaka u pitanju.

Problem slobode volje uopšte, pa i ugovorne, nije, dakle, u odstranjenju te slobode, niti u pružanju apsolutne slobode, već u osećanju mere kako u jednom dualitetu zahteva pronaći pravo mesto jednoj i drugoj društvenoj potrebi: potrebi slobode individualne aktivnosti i neophodne potrebe za zaštitom opštih intelektualnih i materijalnih dobara određene zajednice. Rešenje ne može biti proizvoljno od zakonodavca postavljeno, već je ono određeno stepenom razvoja društvene sredine, njenog kulturnog statusa, ekonomske konstitucije i organizacije, filozofskog opredeljenja, moralne emancipacije. Različitost ovih izvanpravnih činilaca je očigledna u raznim sredinama i raznim vremenima. Otuda, i granice kojima se obeležavaju polja slobode ugovaranja i slobode regulisanja spornih odnosa među samim strankama, nisu ista u raznim pravnim sistemima. Naprotiv, ona se menjaju, kako suštinski, tako i po načinu ispoljavanja, mada se primećuje i jedan stepen zajedničkih atributa, bar kada su u pitanju izvesne ustanove pomoću kojih se to ograničenje sprovodi.

Razume se, ustanova javnog poretka ima prevashodni značaj u čitavom sistemu zaštite osnovnih principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice. Ona se javlja kao "demarkaciona linija" koja razdvaja prostor dozvoljenog od prostora nedozvoljenog ugovaranja.

Imajući sve ovo u vidu, Prednacrt je proklamovao autonomiju volje sa njenim ograničenjima, sledećim rečima: subjekti građanskih prava su slobodni da svoje odnose urede po svojoj volji u granicama prinudnih propisa, javnog poretka, dobrih običaja i morala. Podrazumeva se da svako od ovih ograničenja zahteva opširnije obrazloženje, ali zbog prirode ovoga teksta, ukazujemo samo na postojanje mnoštva teorijskih pogleda na ustanovu javnog poretka kao ukupnosti načina ograničenja autonomije volje. Po našem mišljenju, mogli bi reći: javni po-

redak je skup principa na kojima je zasnovano postojanje i trajanje jedne pravno organizovane zajednice, a koji se ispoljavaju preko određenih društvenih normi (pravnih i moralnih) koje stranke u svojim odnosima moraju poštovati. Kao što se vidi, sadržina i okvir javnog poretka, pre svega, zavisi od prirode i karaktera osnovnih principa na kojima je zasnovana jedna zajednica i njena pravna organizacija. To su principi koji proizilaze iz određenog filozofskog, moralnog, ekonomskog i političkog uređenja jedne zajednice. Svi oni kumulativno utiču na izgled javnog poretka.

NAČELO ZABRANE PROUZROKOVANJA ŠTETE

Prednacrta Građanskog zakonika sadrži i načelnu zabranu prouzrokovanja štete prema kojoj je svako dužan da se uzdrži od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta. U sledstvu ovog načela Prednacrt predviđa i pravilo prema kome: ko drugome prouzrokuje štetu svojom krivicom dužan naknaditi je. Za štetu od stvari ili delatnosti od kojih potiče povećana opasnost štete za okolinu odgovaraju njihovi sopstvenici, bez obzira na njihovu krivicu. Za štetu bez obzira na krivicu odgovara se i u drugim slučajevima predviđenim Zakonom.

Naknade prouzrokovane štete nije samo pravna kategorija već je ona itovremeno i norma pravičnosti koja se iskazuje kroz pojmove komutativne i distributivne pravde. Primenjena na materiju deliktne štete komutativna i distributivna pravda bila je od uticaja na evoluciju pravila građansko-pravne odgovornosti od antičkog vremena sve do savremenog prava. U toj evoluciji krivica kao uslov odgovornosti dobila je puni smisao i značaj s početka 19. veka i ona je temelj subjektivne odgovornosti. Međutim, početkom 20. veka, usled naglog razvoja tehničke civilizacije i tzv. opasnih stvari i opasnih aktivnosti, pored subjektivne odgovornosti, razvija se i objektivna odgovornost koja se zasniva na stvorenom riziku i koja eliminiše krivicu kao uslov odgovornosti – odgovornost bez krivice.

Naše vreme je vreme ostvarenja neslućenog tehničkog progressa, ali progressa kome stalno podnosimo nove žrtve. Štetni događaji velikom progresijom rastu, a u mnogim od njih nije moguće otkriti krivicu jer ove naprosto nema, ona je anonimna, pošto je šteta neminovni pratilac opšteg progressa i načina života savremenog čoveka. Sve ovo ukazuje na jednu antinomiju koju donosi visok razvoj tehničke civilizacije: savremeni čovek je uspeo radi sebe da ostvari neslućeni tehnički progres, ali istovremeno taj progres ga jednim delom uništava.

Ta simbioza napretka i opasnosti, progressa i žrtve, predstavljaju pravu epidemiju od koje je svet nesposoban da se izleči. Žrtve ove epidemije su danas veće od žrtava mnogih kataklizmi u istoriji čovečanstva za koje smo navikli da ih po-

minjemo kao velike. Razume se, ovim se nikako ne želi reći kako tehnički i drugi progres treba da zastane dok se ne reše izvesni humanitarni problemi.

Svrha ovih navoda bila je samo ta, da se sa više plastičnosti predstavi društveni značaj pravnih pravila koja treba da prate pojavu razvijenog tehničkog uma i sve praktične posledice koje se otuda rađaju na terenu prava. Ovo tim pre, kada se imaju u vidu i sve opasnosti koje proizilaze iz otvaranja "planetarne ere" u kojoj se čovek služi raznim energijama, a posebno nuklearnom, što će sve više uticati na izmenjen izgled pravnih normi kojima će se ovi odnosi regulisati.

Zbog svega ovoga, pravna organizacija odgovornosti za štetu morala je da pretrpi bitne izmene. Klasična škola o dokazanoj krivici štetnika, kao uslova naknade, nije mogla da izdrži snažan talas tehničkog napretka, a da ne ostavi žrtvu bez naknade. Pravo je po svojoj vokaciji moralo da reaguje na nove pojave i zbivanja koja su od vitalnog interesa za društvenu zajednicu. Nikle su nove teorije, predložena su nova rešenja, a sudska praksa je usvojila pravilo da kada šteta dolazi od tzv. opasnih stvari, onda se odgovornost ne zasniva na krivici, tj. krivica se uopšte ne utvrđuje. Dužnik naknade, pod određenim uslovima postaje sopstvenik, a ponekad, čak i držalac opasne stvari odnosno vršilac opasne aktivnosti. Određivanje pojma opasnih stvari praktično znači ustanovljenje okvira u kome funkcioniše odgovornost bez krivice.

Razume se, objektivna odgovornost za prouzrokovanu štetu je u našem pravnom sistemu bila blagovremeno uvedena, a posebno odgovarajućim odredbama Zakona o obligacionim odnosima. Međutim, Prednacrt je pred sobom imao da reši i upotpuni postojeće odredbe o ovoj vrsti odgovornosti, naročito u pogledu određivanja pojma opasnih stvari i opasnih delatnosti. Prema Prednacrtu opasne stvari su pokretne ili nepokretne, čiji položaj, ili upotreba, ili osobine ili samo postojanje, predstavljaju povećanu opasnost štete za okolinu. Pored određivanja pojma opasnih stvari i opasnih delatnosti Prednacrt je proširio ovu vrstu odgovornosti na odgovornost za štetu od građevina kao i odgovornost za štetu od životinja. Pri tome, sačuvao je odredbe Zakona o obligacionim odnosima kojim se regulišu mnoga pitanja iz ove oblasti, s tim što je kod pojedinih pitanja formulisao odgovarajuće alternativne predloge.

PRIMENA PROKLAMOVANIH NAČELA

Pored do sada izloženih načela Prednacrt, ovde ćemo ukazati i na neka nova rešenja ili modifikovana postojeća rešenja i to najpre u obligacionom pravu a zatim u stvarnom pravu, porodičnom i naslednom pravu. Razume se da nam prostor ovoga referata ne dozvoljava da ulazimo u sva pitanja koja su pred-

met Prednacrta, pa ćemo se stoga ovde zadržati samo na nekim pitanjima za koja smatramo da su u ovom momentu važna, ne samo radi upoznavanja javnosti, već radi poziva na javnu raspravu o mnogim pitanjima, posebno onim koja su formulisana kao alternativni predlog.

Kad je u pitanju deo Prednacrta koji se odnosi na obligacije kao osnova za izradu ovog dela teksta Prednacrta sasvim razumljivo poslužio je važeći tekst Zakona o obligacionim odnosima (1978) koji je u svojoj vitalnosti od 38 godina nadživio sve ideološke dogme i koji je dobio opšte priznanje domaće i inostrane pravničke javnosti.

Sve ovo ukazuje na okolnost da su odredbe postojećeg Zakona o obligacionim odnosima, kroz ovaj Prednacrt kao delo beogradske pravne škole doživele još jednu mladost. Počev od Skice profesora Mihaila Konstantinovića, pa preko oslobađanja ovog Zakona od ideoloških stega vremena i prostora na kome je važio (1993), evo ga i danas u kontekstu Prednacrta Građanskog zakonika, sa različitim alternativnim rešenjima koja u javnoj raspravi o Prednacrtnu, čekaju eho praktičnog i teorijskog života.

Imajući u vidu obimnost dela Prednacrta koji se odnosi na obligacije, ukratko ćemo ga izložićemo u tri dela.

Prvi deo. – Unete su definicije o najvažnijim ustanovama:

Pre svega, data je definicija obligacije sa svim tradicionalnim obeležjima koja služi kao zajednički imenitelj za sve izvore obligacija: ugovor, prouzrokovanje štete, neosnovano obogaćenje, nezvano vršenje tuđeg posla, jednostrana izjava volje.

S obzirom na subjektivnu i objektivnu odgovornost, data je definicija pojma *krivice* kao osnova odgovornosti: kriv je onaj koji se nije ponašao onako kako je trebalo da se ponaša u datim okolnostima.

Formulisana je definicija *opasnih stvari* i *opasnih delatnosti*, što je od značaja za objektivnu odgovornost: sopstvenik stvari, pokretnih ili nepokretnih, čiji je položaj, ili upotreba, ili osobine, ili samo postojanje predstavljaju povećanu opasnost štete za okolinu (opasne stvari) odgovara za štetu koja potiče od njih, bez obzira na krivicu.

Definisana je pojam *bitne povrede ugovora* što je kategorija Bečke konvencije o međunarodnoj prodaji robe: bitna povreda ugovora postoji kad neispunjenje ugovorne obaveze od strane dužnika prouzrokuje takvu štetu poveriocu koja ga suštinski lišava koristi koju je od ugovora opravdano očekivao ili usled koje se za poverioca svrha ugovora ne može ostvariti.

Data je definicija *privrednih ugovora*: to su ugovori koje međusobno zaključuju privredni subjekti, kao što su: privredna društva, druga pravna lica i pojedinci, koji u vidu registrovanog zanimanja obavljaju neku privrednu delatnost.

Drugi deo. – Mnoge postojeće odredbe su proširene posebno u materiji odgovornosti za štetu: u slučaju saobraćajnih udesa; javnih demonstracija i manifestacija; terorističkih akata; odgovornosti za štetu od građevina; odovornosti za štetu od životinja, kao i druge vidove deliktne odgovornosti.

Značajno proširenje je u materiji naknade neimovinske (moralne) štete. U Prednacrtu se ova odgovornost proširuje na svaku povredu *prava ličnosti* bez kumulacije sa duševnim bolom ili strahom. Pored toga, odgovornost je proširena i u tom smislu da ovu štetu može pretrpeti ne samo fizičko, već i pravno lice shodno njegovoj prirodi.

Treći deo. – Regulisani su izvesni imenovani ugovori koji do sada nisu bili ili su bili samo delimično regulisani kao što su: poklon, posluga, saradnja u poljoprivredi, ortakluk, kao i novi ugovori autonomnog privrednog prava: lizing, franšizing, ugovor o distribuciji.

Radi potpune slike regulisanih imenovanih ugovora kako klasičnih, tako i novih ugovora naročito u privrednim odnosima, ovde iscrpno navodimo oko 50 imenovanih ugovora koji su Prednacrtom predviđeni:

Kupoprodaja, zajam, poklon, zakup, posluga, ortakluk, saradnja u poljoprivredi, ugovor o delu, ugovor o građenju, izdavački ugovor, o licenci, prevoz, ostava, uskladištenje, nalog komision, trgovinsko zastupanje, distribucija, franšizing, posredovanje, špedicija, kontrola robe, organizovanje putovanja, osiguranje svih vrsta, doživotna renta, zaloga, jemstvo, assignacija, poravnanje, ugovori na sreću, bankarski poslovi: novčani deposit, ulog na štednju, otvaranje i vođenje računa, bankarski tekući račun, ugovor o platnim uslugama, ugovor o depozitu hartija od vrednosti, ugovor o sefu, kreditu, akreditivu, bankarskoj garanciji, poslovi sa platnom karticom.

Svojina i druga stvarna prava. – Prednacrt je u delu koji se odnosi na stvarno pravo regulisao sve tradicionalne ustanove ove grane prava, ali uz brojne modifikacije prilagođene ambijentu našeg pravnog života.

U tom smislu, prva i najvažnija ustanova ovog dela Prednacrtu je *svojina* koja se reguliše kao ljudsko pravo. Prema Prednacrtu, svako fizičko ili pravno lice ima pravo na neometano vršenje i mirno uživanje svojih dobara na kojima ima pravo svojine ili neko drugo stvarno pravo. Svojina se može oduzeti nekom licu samo iz razloga javnog interesa i uslovima predviđenim zakonom i opštim nače-

lima međunarodnog prava. Sopstvenik kome je oduzeto ili ograničeno pravo svojine ili neko drugo stvarno pravo, ima pravo na pravičnu naknadu koja ne može biti manja od tržišne cene. Pri tome, smatra se, da pravo svojine nije ograničeno ni u pogledu sadržine ni u pogledu trajanja. Ko tvrdi da ima pravo koje ograničava nečiju svojinu, dužan je dokazati da takvo ograničenje postoji. Inače, sam pojam svojine određen je rečima da je svojina najšire pravo fizičkog ili pravnog lica da stvar po svom nahođenju drži, upotrebljava, pribira plodove ili druge koristi od stvari i da njome raspolaže u granicama zakona. Sopstvenik ima pravo da svoju stvar ne upotrebljava izuzev ako se posebnim zakonom predviđa dužnost upotrebe stvari. Sopstvenik može isključiti sva lica iz dodira sa stvarju i zahtevati predaju stvari od bilo kog lica u čijoj državini se stvar nalazi bez pravnog osnova. U pogledu ograničenja predviđeno je da svojina obavezuje pravno, društveno i moralno, te sopstvenik prilikom vršenja svog prava dužan da postupa sa potrebnim obzirima prema opštem interesu i pravima i interesima drugih lica, koja nisu u suprotnosti sa njegovim pravom. Zatim je detaljno regulisano pitanje sticanja svojine, kako na derivativni način (sticanje na osnovu pravnog posla), tako i sticanje svojine na originarni način na osnovu zakona (sticanje od nevlasnika, održaj, sticanje priraštajem, građenje i sadenje na tuđem zemljištu, nalaz stvari i dr.).

Posebno su predviđeni načini zaštite prava svojine kao i modaliteti prava svojine (susvojina, zajednička svojina, etažna svojina). Prednacrt zatim reguliše pravo službenosti (stvarne i lične) a zatim pravo građenja, založno pravo, posebno hipoteku. Završni deo ovoga dela Prednacrtu odnosi se na državinu kao faktičku vlast na stvari i njenu zaštitu.

Porodični odnosi. – Prednacrt u delu o porodičnim odnosima sadrži takođe tradicionalne ustanove i kategorije među kojima treba posebno naglasiti odredbe o podsticanju i rađanju dece kao i raznim radnopravnim, stambenim, ekonomskim, socijalnim i drugim merama. Naročito predviđa formiranje fonda za stimulaciju poželjnog nataliteta u skladu sa mogućnostima budžeta.

Posebnu zaštitu Prednacrt predviđa za porodične odnose i zaštitu dece, uvek sa kriterijumom “najboljeg interesa deteta”.

Pitanje izdržavanja su takođe predmet regulisanja ovoga dela Prednacrtu. Neka pitanja zaslužuju da budu predmet posebne javne rasprave, a koja se mogu regulisati i posebnim propisima. Naime, Prednacrt je predvideo nekoliko odredbi kojima bi mogla da budu regulisana mnoga pitanja, posle svestrane i kompetentne javne rasprave. Tu su i alternativne mogućnosti verskog braka; usklađivanje sa konvencijama UN; materinstvo i očinstvo uz biomedicinsku pomoć; potpuno i nepotpuno usvojenje.

Nasleđivanje. – U pogledu nasleđivanja, Prednacrt predviđa usklađenost sa drugim propisima, a predviđa i proširenje osnova za nasleđivanje – ugovor o nasleđivanju, ali samo između supružnika i u korist dece, zajedničke ili dece jednog bračnog druga; delimično su izmenjeni razlozi nedostojnosti za nasleđivanje; uvedeno je javnobeležničko zaveštanje; zaštita domaćih državljana; stranci i reciprocitet.

ZAKLJUČAK

Predajući Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije opštoj i zvaničnoj javnosti, Komisija osnovano očekuje delotvorne predloge, poruke i sugestije, kako bi u primerenom roku ovaj Prednacrt posle konačne verzije teksta, prerastao u Nacrt i bio spreman da nađe mesto u odgovarajućoj zakonodavnoj proceduri. Sveobuhvatna javna rasprava o predloženim rešenjima Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije treba da odgovori o vrednostima njegovih opredeljenja u kontekstu njegove opšte ocene. Čini se, da takvu ocenu može dati jedino vreme koje je pred njim kao i argumentovane potrebe našeg ukupnog socijabiliteta, vreme u kome će ovaj Zakonik biti pod stalnom lupom života.

ISTORIJAT NASTOJANJA DA SE DONESE NOVI SRPSKI GRAĐANSKI ZAKONIK

I. Odsek

Pokušaj donošenja Građanskog zakonika u Kraljevini Jugoslaviji

Potreba donošenja novog Građanskog zakonika koja je bila stalno prisutna u Srbiji postala je još očiglednija posle završetka Prvog svetskog rata. Stvaranje države Srba, Hrvata i Slovenaca označilo je samo političko ujedinjenje Jugoslavije. U pravnom pogledu ostale su znatne razlike osobito u oblasti građanskog prava. Otuda se s razlogom moglo govoriti da i pored jedinstvene državne teritorije postoji šest velikih pravnih područja. U razdoblju između dva rata činjeni su pokušaji da se izjednači zakonodavstvo u najvažnijim granama prava. U tim nastojanjima postignuti su nejednaki rezultati. Pojedine oblasti su bile u potpunosti kodifikovane,¹ ponegde su doneti posebni zakoni,² a u nekim oblastima prava, kao što je slučaj sa Građanskim pravom nije bilo uopšte uspeha.

Dr Miodrag V. Orlić, Profesor Univerziteta u Beogradu.

¹ Krivični zakonik donesen je 27. januara 1929. godine, Zakon o krivičnom sudskom postupku 16. februara 1929, Zakonik o sudskom postupku u građanskim parnicama 13. jula 1929, Stečajni zakon i Zakon o prinudnom poravnanju van stečaja 22. novembra 1929; Zakon o izvršenju i obezbeđenju od 9. jula 1930; Zakon o upravnom postupku 1931. itd.

² Zakon o zemljišnim knjigama i Zakon o unutrašnjem uređenju, osnivanju i ispravljanju zemljišnih knjiga od 18. maja 1930. godine.

Treba reći da je opstrukcija u Skupštini, koju su sprovodile pojedine političke stranke, sprečavala zakonodavni rad. Svi zakoni Kraljevine Jugoslavije doneseni su posle 6. januara 1929. godine. Do toga trenutka nije se moglo pomišljati na izlasavanje zakona, mogli su se samo pripremati nacrti. Ako su dakle politički razlozi onemogućavali donošenje zakona pre onoga što se nazivalo “šestojanuarska diktatura”, posle toga datuma, ovih izgovora više nije bilo i u onim oblastima u kojima je stručni rad na pripremi bio priveden kraju, proglašenje zakona bilo je obavljeno u kratkom roku. Primera radi, zahvaljujući tome što je još u predkumanovskoj Srbiji (od 1910. godine) postojao gotov nacrt³ urađen u skladu sa najnovijim rezultatima krivičnopravne nauke (koji je trebalo samo pretresti sa stručnjacima iz Slovenije i Hrvatske) Krivični zakonik je donesen već 27. januara 1929. godine. Slično je bilo sa zakonima u oblasti Građanskog procesnog prava, zemljišnoknjižnim zakonima itd. Iako je i u oblasti Građanskog prava uloženo dosta truda⁴ da do jedinstvenog zakonika dođe, nastojanja nisu urodila plodom ni u 1929. godini ni docnije.

I. Stanovište da pri izradi Građanskog zakonika treba poći od Austrijskog prava

Među uzrocima koji su usporavali rad na pripremi i donošenju Građanskog zakonika, i koji su na koncu osujetili da se pripremljeni nacrt nazvan Predosnova donese kao Građanski zakonik, bile su pored navedenih političkih prepreka, razlozi koncepcijske prirode kao i neki drugi koji su se ticali jezika, stila, vrednosnih pogleda na mesto i ulogu Zakonika itd. Naime, kada je na početku rada Komisije postavljeno pitanje o tome na kojim osnovama treba izraditi nacrt, pojavila su se dva potpuno oprečna shvatanja. Prema prvom preovlađujućem shvatanju, koje su zastupali članovi Komisije, ali i mnogi pravnici izvan nje, za osnov Za-

³ Videti: Projekat i motivi Kaznenog zakonika za Kraljevinu Srbiju, Službeno izdanje Ministarstva pravde, Beograd 1910.

⁴ Rad na pripremanju Građanskog zakonika otpočeo je ubrzo po završetku PRvog svetskog rata. Decembra 1919. godine formiran je pri Ministarstvu pravde Stalni zakonodavni savet koji je imao za zadatak da izradi nacrt za izjednačavanje zakonodavstva. U okviru Saveta postojao je Privatonpravni odsek koji je trebalo da izradi nacrt Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju. Trideset prvog januara 1929. godine umesto dotadašnjeg Saveta (stalni Zakonodavni savet) zakonom je osnovan Vrhovni zakonodavni savet sa istim delokrugom rada, u čijem okviru je Ministar pravde Milan Srškić formirao Komisiju za izradu nacrtu Građanskog zakonika u gotovo istom sastavu (sa jednim izuzetkom) u kome je radio i Privatonpravni odsek. Članovi su bili: Dragoljub Arandelović, Gregor Krek profesor univerziteta u Ljubljani, Laza Marković, Ivan Maurović, profesor univerziteta u Zagrebu, Živojin Perić, Živan Spasojević, Đorđe Nestorović (predsednik), Dobrivoje Petković, Mihailo Tadić, advokati iz Beograda.

konika trebalo je uzeti austrijski Građanski zakonik. Prema drugom stanovištu, prilikom izrade nacrt, valjalo je poći od Opšteg Imovinskog zakonika za Crnu Goru.

Za prihvatanje austrijskog Građanskog zakonika zalagali su se svi hrvatski i slovenački pravnici. To je i razumljivo, kada se uzme u obzir da je AGZ bio preveden na hrvatsko-srpski jezik i da su se dugom upotrebom pravnici u Hrvatskoj i Sloveniji bili navikli na njega. Međutim i na srpskoj strani je bilo uglednih pravnika koji su smatrali da austrijski Građanski zakonik treba da posluži kao osnov za izradu Jugoslovenskog građanskog zakonika.⁵ Nasuprot tome, prema drugom shvatanju polazna tačka za izradu građanskog zakonika trebalo je da bude Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru, a ne austrijski Građanski zakonik. Prema jednoj ranije i oštrije izloženoj varijanti, predlagano je da Opšti imovinski zakonik jednostavno bude osnov Zakona, a prema drugoj, mirnijoj i docnijoj, preporučivano je da se prilikom izrade građanskog zakonika upotrebi metod kojim je rađen Opšti imovinski zakonik. Ovo, drugo shvatanje zastupao je jedan broj istaknutih pravnika mlađe generacije u Srbiji, od kojih će neki, docnije posle Drugog svet-skog rata igrati značajnu ulogu u donošenju najvažnijih i najbolje izrađenih zakona u oblasti Građanskog prava. (Zakoni u oblasti porodičnog prava, Zakon o nasleđivanju, Zakon o zastarelosti potraživanja i Zakon o obligacionim odnosima).

Pobornici shvatanja da pri izradi građanskog zakonika treba poći od austrijskog Građanskog zakonika navodili su sledeće razloge: 1) Prvi i osnovni razlog za prihvatanje austrijskog Građanskog zakonika za podlogu novog zakonodavstva bio je u tome što je taj Zakonik već bio u primeni na najvećem delu teritorije Stare Jugoslavije. Evo kako je o tom razlogu govorio Ivan Maurović: "O tom da se baš austrijski kodeks uzme za podlogu, nije bilo nikada dvojbe, a to s razloga, što taj

⁵ Poznato je da je Dragoljub Arandelović još pre Prvog svetskog rata predlagao preuzimanje austrijskog Građanskog zakonika za Srbiju. Arandelović, O izmeni našeg Građanskog zakonika, Brenič 1904, str. 448-457. Laza Marković, profesor Pravnog fakulteta u Beogradu i ministar pravde (u pojedinim razdobljima u Kraljevini Jugoslaviji) takođe je smatrao da treba uzeti AGZ kao osnov pri izradi građanskog zakonika. "...Austrijski građanski zakonik u glavnom odgovara stepenu razvitka privrednoga i pravnoga prometa u Jugoslaviji. On za Jugoslaviju nije zastareo, niti se prilike u našoj zemlji mogu obeležiti kao suviše moderne i napredne prema austrijskom zakoniku, da bi on za nas bio nesavremen. Sa toga gledišta ne može se ništa zameriti što je za bazu Jugoslovenskog građanskog zakonika uzet austrijski zakonik" Lazar Marković, Nekoliko napomena o Jugoslovenskom građanskom zakoniku, Spomenica Mauroviću, prva knjiga, Beograd 1934, str. 96-97. Zanimljivo je da je Marković svoje Obligaciono pravo, završni deo u okviru Sistema Građanskog prava pisao oslanjajući se na pravila Predosnove nazivajući je jugoslovenskim Zakonikom (iako ona nikada nije postala zakonik). Uporediti: Lazar Marković, Obligaciono pravo, Beograd, 1997, *passim*.

kodeks kroz cijeli niz decenija dominira u daleko najvećem dijelu naše države”.⁶ Ovaj razlog, rečeno je, sam po sebi bio je dovoljan da se prihvati pomenuto rešenje. Jer na taj način bi se omogućilo da se najbezbolnije izjednači građansko zakonodavstvo. Naime, na jednom velikom području (Slovenija, Dalmacija, Hrvatska sa Slavonijom, i u nešto manjoj meri Bosna i Hercegovina) promene se ne bi gotovo osetile. U Srbiji bi promena bila nabolje jer je Srbijanski građanski zakonik bio samo jedna skraćena i ne naročito uspešna verzija austrijskog Građanskog zakonika. Što se tiče Vojvodine uzimalo se da ni tu ne bi došlo do osetnijih promena, jer je, govorilo se, i Vojvodina imala u svojoj osnovi austrijski Građanski zakonik.

Drugi razlog po redu, bio je usko povezan sa prvim. Pobornici ovog shvatanja iznosili su da je austrijski Građanski zakonik jedan uglavnom dobar zakonik,⁷ dovoljno dobar da se i posle sto godina trajanja, može prihvatiti za zakonik tridesetih godina dvadesetog veka. Istina nije se tvrdilo da je to odličan ili pak najbolji zakonik za koji bi se trebalo opredeliti kada bi postojala sloboda izbora, već

⁶ Ivan Maurović, Izveštaj o Predosnovi građanskoga zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Zagreb, 1934, str. 3; Slično: “Svakako preko činjenice da taj austrijski kodeks u najvećem dijelu naše države vlada otprilike oko 100 godina (negdje nešto dulje, negdje nešto kraće) ne bi smio ni jedan zakonodavac, vodeći računa o stvarnosti, naprosto prijeći”. Ivan Maurović, Predavanje: “Nastojanja i pokušaji da se reformira opći građanski zakonik, Ljetopis Jugoslovenske Akademije znanosti i umetnosti, 1940, str. 92; Takođe: “Preko istaknute činjenice ne može se naprosto prijeći. Uzimanje austr. građ. zakonika za podlogu budućeg građanskog zakonika trebalo bi samo onda posve zabaciti, kad bi se zaista moglo reći, da je austrijski kodeks u cijelosti tako zastario i da je tako natražan, da nije ni uz preinačenje izvjesnih njegovih odredaba te unošenje novih primjeren današnjim prilikama, vremenu i narodnim potrebama”. Bertold Eisner, Mladen Pliverić, Mišljenja o predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Zagreb 1937, str. 4-5; Slično: Živojin Perić, Obrazloženje Predosnove Građanskoga zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Beograd 1939, str. 2. (“Jedno zato što je taj Zakonik imao najviše primene na teritoriji naše Države”); Videti kritiku ovog razloga: Mihailo Konstantinović, Jugoslovenski građanski zakonik, Pravni zbornik, br. 2-3/1933, str. 76.

⁷ Kao da u ovaj argument pristalice prvog shvatanja nisu baš sasvim uvereni. Niko naime nije baš odrešito tvrdio da je austrijski Građanski zakonik dobar zakonik (bez ikakve ograde), a još manje da je to odličan zakonik: Otuda se stiče utisak da je ovo samo pomoćni razlog uz prvi koji je bio glavni. Tako se na primer Ivan Maurović, čija je uloga u redigovanju Predosnove bila veoma značajna, izražavao o kvalitetima austrijskog Građanskog zakonika na sledeći način: “on je po opće priznatom mišljenju još uvijek u cijelosti dobar zakonik, koji se može dobro primjenjivati” (Nekoliko riječi o reviziji općeg građanskoga zakonika, Mjesečnik, br. 3/1923, str. 98), ili: “Mi smo izvršili našu dužnost, ako u interesu konsolidiranja države dodamo njoj za sada jedinstveni zakonik: po našem naziranju najbolji, koji u kratko nam odmjerenom vremenu možemo dati” (Ibidem) ili: “Najpovoljniji sud o uspjelosti austrijske redakcije mislim da bi imao glasiti: austrijskom novelom je opći građanski zakonik donekle popravljen”, (Ibidem). Na drugom mestu nalaze se ove reči: “Mimo to, je taj austrijski zakonik i ako je star, još uglavnom uvijek dobar”. L. Maurović, Nastojanja i pokušaji da se reformira opći građanski zakonik, str. 92.

se isticalo da je austrijski Građanski zakonik s obzirom na ograničenost izbora i druge okolnosti u kojima je trebalo izvršiti kodifikaciju dobar zakonik.

II. Kritika

Kritike zakonskih tekstova donetih oko 1930. godine u Staroj Jugoslaviji bile su brojne i oštre. Isto tako brojne i oštre kritike dočekale su Predosnovu građanskog zakonika. One su se odnosile u prvom redu na jezik i stil predloženog teksta, zatim na pojedine odredbe kao i na sistem zakonika. Pri svemu tome među istaknutim pravnicima onoga doba malo ko se usuđivao da dovede u pitanje samu zamisao da se Predosnova osloni na austrijski Građanski zakonik i da predloži neko drugo rešenje. Oni koji su bili članovi komisije za izradu građanskog zakonika već su samim svojim članstvom odobravali tu zamisao. Ali, i među kritičarima Predosnove bilo je dosta onih čije su se primedbe odnosile samo na to kako da se Predosnova, koja je bila uređena na osnovu austrijskog Građanskog zakonika poboljša, ali polazeći opet od ovog zakonika.⁸ Izgledalo je, kao da predložena koncepcija i nema alternativu. I za srpske pravnike je bilo očigledno da je Srbijanski građanski zakonik slab zakonik. U poređenju sa austrijskim Građanskim zakonikom, on je u svakom pogledu bio manje uspelo zakonodavno delo, a uz to je bio izrađen po ugledu upravo na austrijski Građanski zakonik, tako da se nije moglo reći da ima bar obeležje originalnosti. Rđave posledice Hadžićevog nekompetentnog rada sada su izbile na videlo. I tako u nedostatku jednog valjanog srpskog zakonika, pojedini pravnici u Srbiji ograničavali su se na opštu kritiku polazne osnove⁹ na kojoj je počivala Predosnova, ili su ukazivali na mogućnost da se Komisija u svom radu osloni na neke druge strane uzore.¹⁰

⁸ Uporediti kako je govorio M. Pliverić: "Uvažavanjem razloga, koji su vodili sastavljače Predosnove kad su za podlogu svoga rada uzeli austrijski građ. zakonik, smatrali smo, da naša kritika toga rada treba da bude po mogućnosti konstruktivna, da pripomogne izgradnji takvog zakonika, koji od dosadašnjeg našeg privatnog prava preuzima sve ono, što je još uvijek dobro, ali koji od svoje podloge i odstupa, ukoliko to traže današnje prilike". B. Eisner, M. Pliverić, *Mišljenja o Predosnovi građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Zagreb 1938, str. 7. Slično: "Polazeći sa stanovišta da se ta osnovica sada ne može menjati i da je dopušten samo rad korektorski, ja ću odmah preći na pregled pojedinih propisa Zakonika i dati svoje mišljenje šta bi i kako trebalo ispraviti kako u sadržini pojedinih propisa, tako i u stilu i jeziku kako bi i naš budući građanski zakonik bio što potpuniji, određeniji i jasniji, od čega će umnogome zavisiti i njegova pravilna primena". Laza Urošević, *Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, Beograd 1938, str. 2.

⁹ Uporediti: Čeda Marković, *Predosnova građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju*, u *Spomenici Dolencu, Kreku, Kušeu i Škerlju*, Ljubljana, 1936, str. 1.

¹⁰ Uporediti: Mihailo P. Jovanović, *Naša nova kodifikacija*, u *Spomenici Mauroviću*, I knjiga, str. 28 (Jovanović je predlagao da se za osnov uzme Švajcarski građanski zakonik).

Prema drugom shvatanju, koje je bilo u potpunoj opreci sa prvim, umesto austrijskog Građanskog zakonika kao osnov za novi Jugoslovenski građanski zakonik trebalo je uzeti Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru. Pobornici ovog gledišta su s jedne strane kritikovali postupak redaktora Predosnove, koji su za polazište uzeli austrijski Građanski zakonik, a zatim su dokazivali da Opšti imovinski zakonik ima potrebne kvalitete da posluži kao osnov budućeg Zakonika.¹¹ Njihova razmatranja sastojala su se iz dva dela. U prvom delu bila je izložena kritika Predosnove i njenog izvornika austrijskog Građanskog zakonika. U drugom delu bili su izneti na videlo, pomalo zaboravljeni i zapostavljeni kvaliteti Opšteg imovinskog zakonika. Njihove primedbe na Predosnovu pridruživale su se napomenama najoštrijih kritičara Predosnove, ali su išle još dalje, jer su kritiku dovodile do krajnjih konsekvenci, a to je bio zaključak da austrijski Građanski zakonik ne treba uzeti za osnov Jugoslovenskog građanskog zakonika, već da u tu svrhu treba da posluži Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru.¹² Docniji razvoj događaja dao im je za pravo, potpuno kad je reč o prvom delu, delimično kad je reč o drugom.

III. Kritičke napomene M. Konstantinovića i B. Markovića

Kritikujući Predosnovu profesor Konstantinović zamerao je redaktorima najpre što su za osnov usvojili austrijski Građanski zakonik. "Jugoslavija", govorio je on, i te njegove reči nisu izgubile ništa od svoje važnosti ni šezdeset godina docnije, "treba da ima jugoslovenski zakonik, stvoren prema potrebama Jugoslovena".¹³ Sa tog stanovišta posmatrane, stvari su dobijale drugačiji izgled. Tvđenje redaktora da je austrijski Građanski zakonik značajno zakonodavno delo, uopšte uzev, nije bilo netačno, ali je imalo punu vrednost samo ako se uzimalo u obzir vreme kada je donesen i zemlja kojoj je bio namenjen. Međutim oni koji su govorili o njegovim dobrim stranama predviđali su da je od toga doba prošlo više od sto godina.¹⁴ Isto tako gubila se iz vida činjenica da to što je jedan zakonik dobar za jednu zemlju i jedno (austrijsko) društvo, ne znači da će njegovi kvaliteti doći do izražaja i u drugoj zemlji.¹⁵ Kad se ne bi uzimalo u obzir što je austrijski Građanski zakonik važio u pojedinim delovima Jugoslavije pre Prvog svetskog rata, on sam po svojim inherentnim obeležjima, slabo bi prošao u poređenju sa najvišim dometima u uporednom pravu. A kada je reč o manama ovog

¹¹ M. Konstantinović, Jugoslovenski građanski zakonik, Pravni zbornik, br. 2- 3/1933, str. 77.

¹² Ibidem.

¹³ M. Konstantinović, Jugoslovenski građanski zakonik, Pravni zbornik, br. 2- 3/1933, str. 74.

¹⁴ M. Konstantinović, Jugoslovenski građanski zakonik, Pravni zbornik, br. 2- 3/1933, str. 74-75.

¹⁵ M. Konstantinović, Jugoslovenski građanski zakonik, str. 76.

zakonika, profesor Konstantinović je naročito ukazivao na preterani uticaj teorije prirodnog prava i vezanost za onovremenu (u XVIII veku) interpretaciju rimskog prava koja naravno nije bila lišena brojnih zabluda, prevaziđenih docnijim razvojem nauke.¹⁶ Što se tiče drugog razloga da je austrijski Građanski zakonik već važio u velikom delu Jugoslavije i da o njemu postoji obimna literatura i druga sudska praksa, te da ga je zbog toga trebalo po mišljenju redaktora Predosnove uzeti za podlogu Jugoslovenskog zakonika, profesor Konstantinović je uputio primedbu da austrijski Građanski zakonik poznaju Slovenci i Hrvati, ali da to još nije dovoljno da se on usvoji za celu Jugoslaviju. A austrijska literatura i austrijska sudska praksa mogle su biti od male koristi za našu sredinu, jer ako bi se njima podražavalo, gušila bi se stvaralačka inicijativa sudova i sputavala pravna teorija u traženju novih puteva.¹⁷

Sličnu kritiku načelnog karaktera upućivao je na račun Predosnove, Božidar Marković. Konstatujući da je austrijski Građanski zakonik u vreme kada je donesen i za sredinu kojoj je bio namenjen,¹⁸ bio značajno zakonodavno delo i da je i u kasnijem razdoblju ispoljio vitalnost i sposobnost prilagođavanja novim životnim prilikama,¹⁹ možda više i od nekih novijih zakonika, mladi nastavnik Pravnog fakulteta u Beogradu protivio se njegovoj recepciji, ističući zamerke u pogledu duha austrijskog prava i jezika zakonika. U pogledu prvog obeležja upozoravao je da birokratski i mehanički duh austrijskog zakonika ne odgovara pravnom osećanju, potrebama i tradiciji našeg naroda.²⁰

A što se jezika tiče, prevod austrijskog zakonika je nategnut i teško pristupačan. "Na svakom koraku se oseća da je to Zakonik koji nije mišljen na našem jeziku i od našeg čoveka".²¹ Otuda je razumljivo što je ovakav tekst Predosnove koji je patio od zamršenosti i nagomilavanja, naišao na odbojnost kod naših pravnikana naviknutih na jasnost i jedinstvenost u izražavanju. U tom tuđem izrazu na našem jeziku, teškom i neskladnom sklopu rečenice bile su oličene sve one osobine prema kojima je narastao nesavladivi otpor pravničke javnosti naročito u Srbiji. Predosnova nije mogla proći u prvom redu zbog jezika.

Zanimljivo je da su, u trenutku kada se 1934. godine pojavilo službeno izdanje Predosnove, nastojanja da se građanski zakonik donese već bila prešla svoj zenit i nalazila su se na silaznoj putanji. Izgledalo je kao da se sva energija poborni-

¹⁶ M. Konstantinović, *Jugoslovenski građanski zakonik*, str. 75.

¹⁷ M. Konstantinović, *Jugoslovenski građanski zakonik*, str. 76.

¹⁸ B. Marković, *Reforma našega Građanskog zakonodavstva*, Beograd 1939, str. 25.

¹⁹ B. Marković, *Op. cit.*, str. 23.

²⁰ B. Marković, *Op. cit.*, str. 27.

²¹ B. Marković, *Op. cit.*, str. 28.

ka Predosnove iscrpla njenim objavljivanjem, tako da nije bilo dovoljno snage da se nacrt dovede do uzakonjenja. Otpor koji su pružali pravnički krugovi u Srbiji i u Crnoj Gori, a koji se ispoljavao uglavnom kao nezadovoljstvo jezikom i stilom Predosnove (i procesnih zakona koji su doneti oko 1930. godine) sve više je jačao i konačno je onemogućio donošenje građanskog zakonika.

Značajnu ulogu u tome imali su univerzitetski nastavnici tadašnje mlađe generacije, Čeda Marković, Mihailo Konstantinović i Božidar Marković čija kritika je ukazujući na načelna pitanja i slabosti Predosnove artikulisala nemošto nezadovoljstvo pravničke javnosti naročito u Srbiji.

Posebno su M. Konstantinović i B. Marković za razliku od drugih pravnika, doveli kritiku Predosnove do njenih krajnjih konsekvenci. S obzirom da Predosnova nije zadovoljavala uslove koji su se tražili od nacrtu za građanski zakonik da bude na visini modernih zakonodavnih dela, da odgovara pravnoj svesti naših naroda, oni su zahtevali da se Predosnova napusti.

Njihovo glavno uporište i oslonac u borbi protiv Predosnove bio je Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru. Sa tog stanovišta posmatran, njegova uloga i značaj su bili nezamenljivi. Da nije bilo Zakonika, moguće je, da bi Predosnova u nedostatku boljih rešenja ipak bila prihvaćena uprkos svim otporima i izrečenim kritikama. U tom slučaju, sve bi se svelo sa mestimične popravke i poboljšanja uočenih propusta i eventualno na jezička i stilska doterivanja. Ali, originalno Bogišićevo delo je samim svojim postojanjem označavalo nezaobilazno merilo poređenja i bilo svetionik pod čijom su se svetlošću jasno ukazivale, inače manje vidljive slabosti i mane predloženog teksta.

U vremenu između 1930. i 1940. godine kada se postavljalo pitanje građanskog zakonika, Opšti imovinski zakonik nije uživao dovoljnu podršku u pravničkim krugovima da bi mogao da bude prihvaćen kao osnov za izradu zakonika, ali je zahvaljujući njemu osujećen pokušaj da se uzakoni Predosnova, koja je i u tom vremenu zaostajala za dostignutim stepenom razvoja pravne nauke i uporednog zakonodavstva a koja bi danas označavala potpuni anahronizam.

II. Odsek

Na putu stvaranja novog Građanskog zakonika u Srbiji

“Les codes des peuples se font avec le temps mais à proprement parler, on ne les fait pas”^{22*}

(Zakonici naroda nastaju sa vremenom ali uistinu govoreći oni se ne prave)

²² * Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code civil, u knjizi Jean Etienne-Marie Portalis, Discours et rapports sur le Code civil, Université de Caen 1992, str. 15.

I. Zamisao Mihaila Konstantinovića

Početne zamisli o načinu na koji bi trebalo prići stvaranju Građanskog zakonika Mihailo Konstantinović²³ je izložio relativno rano. U članku o jugoslovenskom Građanskom zakoniku on je, nezadovoljan radom Komisije na Predosnovi, postavio sledeći zahtev: "Zakonik treba da odgovara našem narodu i treba da u svakom pogledu bude na dostojnoj visini."²⁴ I produžavajući u ovom pravcu, predlagao je da se za osnov Zakonika uzme Opšti Imovinski zakonik za Crnu Goru.

Već u toj ranoj fazi, tridesetih godina dvadesetog veka moglo se zapaziti u kojoj meri je Bogišićevo delo vršilo uticaj na Konstantinovića i nekolicinu tadašnjih mlađih pravnika u Srbiji, među kojima valja izdvojiti Božidara S. Markovića, sa kojim će vođen srodnim idejama Konstantinović nastaviti saradnju i posle Drugog svetskog rata. Njihovo ugledanje na rad našeg znamenitog pravnika neće nikada oslabiti. U raznim prilikama²⁵ i različitim povodima i Konstantinović i B. Marković²⁶ će mu se stalno vraćati.

Ukoliko je vreme odmicalo, postojalo je sve više vidljivo da Opšti imovinski zakonik neće biti prihvaćen kao osnova za donošenje Zakonika, a smanjivali su se izgledi da uopšte dođe do donošenja bilo kakvog Građanskog zakonika. Od tog vremena Konstantinović počinje da ispituje dublja obeležja metodološkog postupka Valtazara Bogišića. Pošto više nije bilo nada da će Opšti imovinski zakonik biti osnova za donošenje novog Zakonika, ideja vodilja postaje istraživanje meto-

²³ Rođen u Čačku 1897, M. Konstantinović je gimnaziju učio u rodnom gradu, a završio je kasnije, posle povlačenja srpske vojske preko Albanije, u Francuskoj, gde je i maturirao 1916. godine. Studirao je na Pravnom fakultetu u Lionu i doktorirao 1923. sa tezom iz oblasti rimskog prava. U Prvom svetskom ratu učestvovao je i kao dobrovoljac u francuskoj vojsci na zapadnom frontu. Za docenta Pravnog fakulteta u Subotici izabran je 1923, a za redovnog profesora na Pravnom fakultetu u Beogradu 1936. godine. Od 1939. do marta 1941. bio je ministar bez portfelja i ministar pravde u vladi Cvetković-Maček. Podneo je ostavku zbog neslaganja sa spoljnom politikom vlade. Posle aprilskog sloma 1941. emigrirao je u inostranstvo, a po oslobođenju zemlje vraća se na Pravni fakultet u Beogradu. Bio je predsednik Komisije za izradu Nacrta ustava FNRJ i rukovodio radom mnogih komisija za izradu zakonskih tekstova i sastavio nacрте za više zakona. Objavio je veliki broj članaka i studija iz oblasti građanskog prava u našim i stranim časopisima.

²⁴ Konstantinović M.: Jugoslovenski građanski zakonik (Austrijski ili Crnogorski zakonik?), Pravni zbornik Podgorica (Titograd) br. 2-3/1933, str. 78

²⁵ Tako na primer u zapisniku sa sednice Opšteg seminara za građansko pravo, Pravni fakultet u Beogradu od 4. novembra 1938. godine možemo pročitati. "Uvodnu reč održao je prof. Konstantinović. Program rada će biti, u glavnom, kao i ranije samo će se naročita pažnja obratiti obrađivanju tema iz Opšteg imovinskog zakonika za Crnu Goru"; Uporediti mnogo godina docnije: Predgovor za Švajcarski zakonik o obligacijama, Beograd 1976, str. 9.

²⁶ Božidar S. Marković, Reforma našega Građanskog zakonodavstva, str. 9, 40-41, 46.

da rada Valtazara Bogišića, kako bi ta iskustva mogla poslužiti da se jednog dana donese kodifikacija koja će u novim uslovima biti ono što je bio Opšti imovinski zakonik za Crnu Goru potkraj XIX veka.

Za razliku od mnogih svojih kolega, profesora prava, Konstantinovića nije privlačila želja za stvaranjem sistema Građanskog prava u obliku univerzitetskog udžbenika. Njega je zaokupljala ideja o stvaranju zakona kao najplemenitijeg cilja u pravničkom pozivu. U martu 1941. godine zabeležiće u svom dnevniku: "U 8 časova primio Milivoja Markovića i sa njim govorio o izradi Građanskog zakonika. Složili se da pravimo originalno delo, on, B. Marković, Begović i ja."²⁷ Misao o Zakoniku koja ga je neprestano pratila, nije ga napuštala ni u predvečerje preteće katastrofe. Valja dobro zapaziti datum: 4. mart 1941. godine. Za manje od mesec dana doći će do državnog udara, nedugo zatim vojska će kapitulirati, država će se raspasti a Vlada će se naći u emigraciji. A o čemu razmišlja Ministar Konstantinović u tom času opšteg rasula? Pozvao je kolegu profesora da se sa njim dogovori o početku rada na pisanju Građanskog zakonika, složili su se oko toga da to treba da bude originalan Zakonik (a ne kopija tuđih uzora) i odabrali kolege profesore srodnih pogleda na koncepciju Zakonika sa kojima će moći sarađivati. Ali, zar nije uzaludan posao, spremati izradu Zakonika, kada je rat na pragu i kada je gotovo izvesno da će se raspasti država za koju spremaju Zakonik? U Konstantinovićevoj koncepciji, program izgradnje države bio je jednostavan: putevi, gimnazije, zakoni. Naročito ovo treće: zakoni i najvažniji među njima Građanski zakonik, jer se na njemu zasniva organizacija društva i gradi država. Stoga, ako se i desi da se država razgradi, Zakonik je neophodan, jer kada se država bude ponovo stvarala, ako želi da bude dugotrajna, moraće da se osloni na uređeni poredak pravnih odnosa.

U državi koja je ponovo izgrađena, Konstantinović neće nikad više biti ministar, ali će mu poći za rukom da ostvari svoju zamisao o izradi Građanskog zakonika.²⁸ Istina, Zakonik neće biti urađen iz jednog komada, svi delovi neće biti promulgovani u isto vreme, neće biti dovršeni u potpunosti i neće opstati država za koju je on, ubeđeni Jugosloven, pripremao i pisao nacрте zakona.

Ali, zakonodavstvo u oblasti Građanskog prava, po svojoj unutrašnjoj strukturi, po usklađenosti sastavnih delova, po neprotivrečnosti pravnih ustanova i pojmova, jedinstvu stila i jezika već danas obuhvata značajan deo materije koju inače sadrže građanski zakonici i čini duhovnu celinu iako se ne nalazi povezano

²⁷ Mihailo Konstantinović, *Politika sporazuma Dnevničke beleške 1939-1941*, Londonske beleške 1944-1945, Novi Sad 1998, str. 306-307.

²⁸ Uporediti: Božidar Marković, Mihailo Konstantinović, kodifikator jugoslovenskog prava, *Pravni život*, br. 7-8/1990. str. 1157 i dalje.

među koricama iste knjige. I zato će ga izdvojene republike iz nekadašnje Jugoslavije poneti gotovo u celini, kao izuzetno vrednu intelektualnu tekovinu.²⁹

Duhovno jedinstvo koje prožima naše zakone u oblasti Porodičnog, Naslednog, Obligacionog i Privrednog ugovornog i koje ih povezuje u jednu harmoničnu celinu nije teško objasniti jer svi navedeni propisi vode poreklo, neki u prvom, neki u drugom, a neki i u trećem kolenu (imajući u vidu docnije izmene i dopune) od istog zakonopisca Mihaila Konstantinovića. Profesor je, naime, bio isključivi redaktor prednacrta za sve naše posleratne zakone iz oblasti Građanskog prava izuzev Stvarnog prava, koje je zbog značaja svojinskih odnosa partijska i politička vlast smatrala svojim rezervisanim područjem³⁰ (što se, zanimljivo je produžilo i do naših dana, iako Partija nije više u vlasti) i pojedinih otvorenih pitanja Opšteg dela Građanskog prava.

Konstantinović je svoj rad na pripremanju pravnih propisa započeo kao predsednik Komisije za izradu Ustava od 1946. godine. Za razliku od počasne funkcije, a neznatnog uticaja na formulisanje teksta sa pretežno političkom sadržinom,³¹ u čemu je presudan bio uticaj političkog faktora, njegova uloga u oblasti Građanskog zakonodavstva bila je od izuzetnog značaja u pogledu suštine, a rezervisana i skrivena od javnosti,³² što se tiče spoljnih priznanja.

Pravni odnosi u oblasti Građanskog prava nisu bili kodifikovani u jednom trenutku, kako se obično događalo u uporednom pravu sa svečanim proglašenjem Građanskog zakonika. Važni zakoni donošeni su u velikim vremenskim razmacima. Njihovo promulgovanje razdvajale su decenije, a ne godine i kada su donošeni izgledalo je kao da je reč o potpuno razdvojenim pojavama, koje ništa ne povezuje. Ipak njih je vodila zakonodavna ideja njihovog tvorca kao nevidljiva nit njihove harmonije. Između tih, naoko razdvojenih zakona koje spolja ništa nije povezivalo, nije postojala nikakva unutrašnja protivrečnost i sudovi se nikad nisu žalili da između porodičnog zakonodavstva i Zakona o nasleđivanju postoje nesavladive protivrečnosti, kako su zakoni iz oblasti porodičnog prava bili doneseni

²⁹ U jednom razdoblju u nekadašnjim odvojenim jugoslovenskim republikama bilo je u opticaju šest različitih valuta: U Sloveniji tolar, u Hrvatskoj kuna, u Bosni i Hercegovini tzv. konvertibilna marka, u Srbiji dinar, u Crnoj Gori evro i u Makedoniji denar, ali je u svima bio na snazi jedan, isti Zakon o obligacionim odnosima (ponegde, istina, sa izvesnim izmenama i dopunama) proistekao iz Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima Mihaila Konstantinovića.

³⁰ B. Marković, Op. cit., str. 1157.

³¹ Ibidem.

³² Iako je bilo evidentno da je Konstantinović redigovao nacrt Zakona o nasleđivanju, prilikom objavljivanja teza za prednacrt, bilo je rečeno da ih je sastavila komisija stručnjaka obrazovana pri Ministarstvu pravosuđa FNRJ. Videti: Teze za predprojekt zakona o nasleđivanju, Arhiv za pravne i društvene nauke, br. 3/1947, str. 515.

ubrzo po prestanku Drugog svetskog rata, a Zakon o nasleđivanju skoro deset godina kasnije (1955). Isto važi kad je reč o odnosu između Zakona o nasleđivanju i Zakona o obligacionim odnosima. Kada bi se na primer ugovor o doživotnom izdržavanju premestio iz prvog Zakona u drugi, ništa se ne bi poremetilo, nikakvih teškoća u primeni ne bi bilo. To znači da kako je reč o različitim (iako bliskim) oblastima, i bez obzira što ih razdvaja cela decenija, njihov sklad i intelektualna harmonija proizlaze iz činjenice što je njihovo nastojanje vodio i nadzirao isti um.

II. Ostvarenja

A. Porodično pravo

Prva etapa je bilo zakonsko uređenje porodičnog prava. U ovoj oblasti donesena su četiri zakona: Osnovni zakon o braku, Osnovni zakon o starateljstvu, Zakon o usvojenju i Osnovni zakon o odnosima roditelja i dece. Pod uticajem revolucionarnih promena u društveno-ekonomskim i političkim odnosima i promena u društvenoj svesti, iz osnova su preuređena pravila u porodičnom pravu. Uveden je obavezni građanski brak na teritoriji cele zemlje, sprovedeno je izjednačavanje muškarca i žene i ustanovljena jednakost supruge kako u pravima tako i u obavezama, uvedena je ustanova zajedničke svojine na stvarima stečenim radom u toku braka, brak i porodica stavljeni su pod zaštitu države i ostvaren je jedinstveni režim bračnih i porodičnih odnosa u celoj zemlji (čime su uklonjene razlike koje su postojale u predratnom pravu). Starateljstvo je shvaćeno kao ustanova čijim posredstvom država zaštićuje lica kojima je zaštita potrebna i otklonjena je razlika koja je ranije postojala između skrbništvo i šticiništvo (kao razgraničenje koje ne bi imalo praktične svrhe u našem sistemu). Poslovi usvojenja stavljeni su u nadležnost starateljskog organa, a ne suda kao što je bio slučaj u ranijem pravu, te je i na ovaj način povećan značaj ovog državnog organa. Najzad u skladu sa ovim načelima uređeni su na nov način i odnosi roditelja i dece.

Izvršene promene u porodično-pravnim odnosima bile su toliko značajne, da su označile definitivno odvajanje novog prava od složenih i zamršenih pravila a uz to i međusobno različitih pravnih režima predratnog prava. Na drugoj strani, i pored docnijih izmena i dopuna, i novih zakona koji su doneseni u pojedinim republikama, koncepcija i najvažnije ustanove uvedene prvim zakonima iz oblasti porodičnih odnosa ostale su trajna tekovina našeg prava.

Drugi deo poduhvata odnosio se na nasledno pravo. Inicijativu za donošenje zakona o nasleđivanju pokrenulo je Ministarstvo pravosuđa sredinom 1946. godine, a profesoru Konstantinoviću je povereno da izradi prednacrt. Njegov prednacrt bio je prihvaćen sa manjim izmenama u komisiji koju je formiralo Mi-

nistarstvo i objavljen u Arhivu za pravne i društvene nauke pod nazivom Teze za predprojekat zakona o nasleđivanju. Nasuprot zakonima iz oblasti Porodičnog prava koji su doneseni brzo, rad na Zakonu o nasleđivanju je trajao gotovo deceniju. Tekst je konačno bio izglasan u Saveznoj Skupštini 11. maja 1955. godine.

B. Nasledno pravo

Poput Porodičnog prava i u naslednom pravu Zakon je izveo krupne promene i izvršio suštinsku reformu režima nasleđivanja. Nasledno pravo izjednačeno je na celoj teritoriji države tako da su bile uklonjene razlike i nejednakosti koje su postojale u predratnom pravu.³³ Istina, docnije je političkim odlukama u Ustavu 1974. (a pre toga u Ustavnim amandmanima iz 1971. godine) zakonodavna nadležnost u ovoj oblasti vraćena republikama tako da je ponovo stvorena mogućnost da se stvore razlike.³⁴ Ali, osnovi sistema nasleđivanja bili su toliko solidni, da razlike u republičkim zakonima nisu narušavale jedinstvo u opštim načelima. Druga velika promena odnosila se na uspostavljanje ravnopravnosti muške i ženske dece (i uopšte muških i ženskih lica) u nasleđivanju³⁵ čime je posle više od sto godina ispravljena zakonska nepravda koja je pogađala žensko potomstvo u Srbiji i uklonjen jedan od najvećih nedostataka u srpskom Građanskom zakoniku. Pored pomenutih novih rešenja uvedena su i mnoga druga pravila: o proširenju kruga nužnih naslednika, o pravu na nasleđivanje vanbračne dece, poboljšan je položaj preživelog bračnog druga, izmenjeni su i prošireni slučajevi nedostojnosti za nasleđivanje, pravno su uređeni ugovor o ustupanju i raspodeli imovine za života ostavioca i ugovor o doživotnom izdržavanju, ustanovljena je zajednička imovina sanaslednika (do deobe), predviđeno je pravilo da zaostavština prelazi na naslednika u trenutku smrti itd.³⁶

Oblast nasleđivanja nije imala onako veliki značaj u vladajućoj ideologiji partijskog i političkog rukovodstva, kakav je imalo pitanje svojine, koje je bilo u isključivoj sferi partijskih teoretičara. Uostalom, preovladavao je stav da je ograničenjem obima prava svojine u osnovnim potezima rešeno i pitanje nasleđivanja. Ali je u državnim organima (u prvom redu u Ministarstvu pravosuđa koje je i pokrenulo inicijativu za donošenje Zakona) bilo dovoljno razboritih ljudi koji su imali pragmatičan pristup ovom pitanju i oslobođeni ideoloških predrasuda, bili spremni da poslove pripremanja Zakona prepuste stručnjacima. Kako svedoči je-

³³ B. Marković, Op. cit., str. 1160.

³⁴ Ibidem.

³⁵ B. Marković, Op. cit., str. 1161.

³⁶ B. Marković, Op. cit., str. 1161-1162.

dan od učesnika u radu na izradi Nacrta, profesoru Konstantinoviću su u ovom pogledu bile ostavljene potpuno odrešene ruke, jer se imalo puno poverenje u njegovu visoku stručnost, smisao za realnost i za meru.³⁷ Istina on je morao voditi računa o postojećoj zakonodavno-pravnoj kičmi,³⁸ i o novinama koje je donelo socijalističko društvo.

Na ovaj način bilo je uspostavljeno međusobno poverenje i poštovanje između predstavnika političke vlasti koji su Komisiji ostavljali slobodu u stručnim pitanjima izrade Zakona i stručnjaka koji prema prećutnom dogovoru nisu prelazili nevidljive granice političkih okvira. Zahvaljujući toj pragmatičnoj ravnoteži bilo je moguće da se donese Zakon o nasleđivanju.

Pripreme za donošenje Zakona o nasleđivanju nisu bile jedina preokupacija Mihaila Konstantinovića u ovom razdoblju. U međuvremenu započet je rad na uređivanju pojedinih delova Obligacionog prava. Prvi od dva poduhvata u ovoj oblasti okončan je uspehom. Prema njegovom prednacrtu donesen je 1953. godine relativno kratak, ali za praksu izuzetno značajan Zakon o zastarelosti potraživanja,³⁹ čime je napravljen red u jednoj oblasti u kojoj su ranije bila primenjivana različita pravila (osobito o dužini rokova) u raznim delovima zemlje. Nasuprot ovom srećnom ishodu, u drugoj znatno obimnijoj oblasti Obligacionog prava, koja se odnosila na građanskopravnu odgovornost nije bilo uspeha. Redali su se sukcesivni nacrti Zakona o naknadi štete (prvi još 1951. godine, drugi 1960, a treći 1961),⁴⁰ ali nijedan od njih nije bio podnesen kao predlog zakona, a još manje izglasan u Skupštini. O ovim nacrtima postoje samo izbleđeli tragovi o pojedinim odredbama, ali se gotovo ništa ne zna ko je sačinjavao komisije, ko je uredio koji od prednacrti, u čemu su se razlikovali i najzad zašto ni jedan od njih nije ozakonjen.

V. Obligaciono pravo

Posle Porodičnog prava i Zakona o nasleđivanju došao je red na najvažniji među njima, Zakonik o obligacijama i ugovorima. Gotovo je izlišno reći da je izrada prednacrti, istina posle izvesnih kolebanja, i ovog puta poverena Mihailu Konstantinoviću. To nije ni malo iznenađujuće, jer je on osnovne elemente za kodifikaciju Obligacionog prava postavio još tridesetih godina prošlog veka. u raspravama koje su vođene povodom Predosnove, tadašnji profesor Pravnog

³⁷ B. Marković, Op. cit., str. 1158.

³⁸ Ibidem.

³⁹ Zakon o zastarelosti potraživanja donesen je 30. septembra 1953. godine.

⁴⁰ Trag o tome nalazi se u članku: Stevan Jakšić, Odgovornost za štetu prouzrokovanu od maloletnika, Zbornik Građanska odgovornost, Beograd 1966, str. 218.

fakulteta u Subotici je istakao dva zahteva programskog karaktera kao ciljeve kodifikacije: Zakonik treba da odgovara našim uslovima i da u svakom pogledu bude na dostojnoj visini.⁴¹

Ta dva jednostavna postulata biće njegova ideja vodilja u radu na pripremanju Zakonika o obligacijama i ugovorima.

Rasprava vođena o građanskom zakoniku i njen ishod predstavljali su razočarenje za pravnike onog vremena. Nesaglasnosti u osnovnim pitanjima šta treba da znači kodifikacija za zemlju kakva je bila Jugoslavija između dva rata i kakav građanski zakonik treba doneti uticali su da se propusti prilika za kodifikaciju koja se tridesetih godina ukazala. Iz ovog neuspeha profesor Konstantinović i drugi poštovaoci Bogišićevog dela izvukli su potrebnu pouku. Uvidevši da u dogledno vreme Opšti imovinski zakonik neće moći da bude prihvaćen kao osnov budućeg zakonika, kao i da su sve manji izgledi da se uopšte donese bilo kakav građanski zakonik, oni su se okrenuli dugoročnijim zadacima koji su se ogledali u dubljem proučavanju sadržine Opšteg imovinskog zakonika i u upoznavanju sa obeležjima metodološkog postupka koji je upotrebio Valtazar Bogišić prilikom izrade crnogorskog Zakonika. Od toga vremena zapaža se promenjeni pristup Bogišićevom delu; umesto zalaganja da se Opšti imovinski zakonik uzme kao osnov za izradu građanskog zakonika što je profesor Konstantinović zastupao u svom članku "Jugoslovenski građanski zakonik", sada ideja vodilja postaje istraživanje metoda Valtazara Bogišića, kako bi ta iskustva mogla poslužiti da se jednog dana donese kodifikacija koja će u novim uslovima biti isto tako uspešno ostvarenje kakvo je Opšti Imovinski zakonik bio u svom vremenu.

a) Bogišićev metod

Usredsređivanje pažnje na Bogišićev metodološki postupak u prvom redu, a tek na drugom mestu na sadržinu i pravna pravila Opšteg imovinskog zakonika vidljivo je već u članku: Ideje Valtazara Bogišića o narodnom i zakonskom pravu iz 1938. godine. U tom napisu Konstantinović je naglašavao sledeće obeležje Bogišićevog rada:

"Glavna odlika metode Bogišićeve pri obradi običajnog prava je u tome da se priroda svake ustanove ima proučiti na osnovu najpozitivnijih podataka". On neprestano podvlači potrebu izučavanja fakata. "Izbliže pogledati na stvar", "izučiti pozitivna fakta" su izrazi koji se vrlo često nalaze pod njegovim perom. Na taj

⁴¹ Konstantinović, Jugoslovenski građanski zakonik (Austrijski ili Crnogorski zakonik), Pravni zbornik, Podgorica, br. 2-3/1933, str. 78.

način Bogišić je težio da pravu oduzme karakter često puta sterilne tehnike i po-
pne ga na stepen nauke”.⁴²

Konstantinović je prihvatio ovaj metod brižljivog ispitivanja pozitivne prav-
ne građe, ali sa jednom izmenom. Dok je za Bogišića ova građa bila skoncentrisa-
na u običajnom pravu, profesor Konstantinović ju je nalazio u sudskoj praksi.⁴³ I
zato je on u dugom nizu godina svoje nastavničke delatnosti poklanjao posebnu
pažnju izučavanju sudske prakse. Opšti seminar za građansko pravo na Pravnom
fakultetu u Beogradu kojim je profesor Konstantinović rukovodio od svog dola-
ska u Beograd, bio je jedna vrsta laboratorije u kojoj su pažljivo ispitivana rešenja
i obrazloženja sudskih odluka.⁴⁴

Metod koji je bio primenjivan u radu sastojao se u analizi primene pravnih
pravila na određeni slučaj koji je bio rešen sudskom odlukom. Analiza je počinja-
la tako što su utvrđivane činjenice i odvajane relevantne od irelevantnih činjenica.
Sledilo je pravno kvalifikovanje činjenica, utvrđivanje šta svaka pojedina činjeni-
ca pravno znači, zatim se istraživalo koja se pravna pitanja postavljaju u tom slu-
čaju i na kraju potom su davani odgovori na postavljena pravna pitanja.

Ovakav metod omogućio je da se sagledaju sporna pitanja u našoj sudskoj
praksi i da se savladaju problemi koji se postavljaju u pripremi ovakve kodifikacije.

b) Oslanjanje na rezultate sudske prakse

Kada se pripremaju velike kodifikacije koje treba da izraze pravnu svest
određene društvene zajednice, rad redaktora ne polazi od početka. Oni se osla-
njaju na delo svojih prethodnika. Najpre su u jednom dugom istorijskom periodu,
u stotinama i hiljadama slučajeva ispoljava shvatanje društvene sredine o tome šta

⁴² Konstantinović M.: Ideje Valtazara Bogišića o narodnom i zakonskom pravu, Sociološki
pregled, I, Beograd 1938. god, str. 279.

⁴³ “Praksa je duša prava” M. Konstantinović, Jugoslovenski građanski zakonik, Društveni ži-
vot br. 5/1930.

⁴⁴ “Otuda, kroz više desetina godina, nije bilo nijedne značajnije odluke naših sudova koja
bi izmakla njegovoj pažnji i kritičkom osvrtu. Stotine radova čitanih na Opštem seminaru za gra-
đansko pravo na Pravnom fakultetu u Beogradu imali su upravo za predmet analizu i ocenu - re-
šenja i obrazloženja sudskih odluka, i to na jedan način koji je bio jedinstven na našem Fakultetu i
koji je godinama okupljao mnoge pravnike koji su dolazili da koriste tu prof. Konstantinovića svoj-
stvenu metodu rada. A posle svakog takvog rada njegovih postdiplomaca - slušalaca magistarskih i
doktorandskih kurseva - sledilo je izvanredno teorijsko produbljeno izlaganje problematike na koju
se odnosila obrađivana sudska odluka, tako da je takav rad predstavljao jedno specifično uopštava-
nje i teorijsko obrazlaganje, po pravilu kritičnog karaktera, “naše pravne prakse sagledavane i izra-
žavane kroz sudske odluke”. Blagojević T. B.: Predgovor izdavača za knjigu Obligacije i ugovori, Ski-
ca za zakonik o obligacijama i ugovorima, Beograd 1969. god., str. 5-6.

je u konkretnoj situaciji pravo a šta ne. Potom sledi naučna obrada slučajeva koji su rešavani pred sudovima, i utvrđivanje pravila koja se mogu izvući iz sudske prakse. Tek tada postaje moguća kodifikacija. Zakonik izrasta na osnovama postojećeg prava. Redaktorima ostaje da formulišu pravila i da ih usklade u neprotivrečnu celinu. Redaktori Francuskog građanskog zakonika mogli su da završe povereni posao u kratkom roku od četiri meseca, jer su imali na raspolaganju dela Potijea i drugih prethodnika koji su na sistematski način obradili ogroman pravni materijal. Slično je bilo i u slučaju Justinijanove kodifikacije. Kada je Tribonijanu i njegovim saradnicima bilo povereno da izrade Digesta i da u tom cilju prouče dela klasičnih rimskih pravnika, oni su imali na raspolaganju gotove rezultate posla koji su predano i strpljivo obavili pre njih profesori prava Bejrutske škole.⁴⁵ Dva od ova tri zadatka morali su u nas da rešavaju gotovo sami Valtazar Bogišić i profesor Konstantinović. I jedan i drugi našli su se pred pravnom građom koju je trebalo najpre proučiti i naučno obraditi pa tek potom pristupiti izradi zakonika.

Zbog različitih društvenih prilika u kojima je kodifikacija nastajala, razlikovao se i pravni materijal na kome je počivala izrada zakonika. U Crnoj Gori u Bogišićevo doba to je bilo običajno pravo, u našim uslovima to je bila sudska praksa. Poznato je zbog čega je to bilo tako. Usled dubokih društvenih promena do kojih je došlo u socijalističkoj revoluciji, čitavo zakonodavstvo predratne države izgubilo je pravnu snagu (Zakon o nevažnosti pravnih propisa donetih pre 6. aprila 1941. godine i za vreme neprijateljske okupacije od 23. oktobra 1946. godine). Ali ono nije moglo odmah i u potpunosti da bude zamenjeno novim zakonodavstvom. Istina doneti su pojedini zakoni (najpre u porodičnom pravu a zatim i zakon o nasleđivanju) ali je kodifikaciju u oblasti obligacionog prava tek trebalo pripremiti.

Evo kako je profesor Konstantinović o tome govorno kada je obrazlagao svoj prednacrt Zakonika o obligacijama i ugovorima (koji će docnije neznatno prerađen objaviti kao Skicu). "Prilikom izrade nacrtu Zakonika o obligacijama rukovodeća misao pri izboru materijala i kriterijum pri traženju rešenja pojedinih pitanja bili su potrebe naše prakse. Stalno se imalo u vidu da zakonik treba da sadrži pravila za pravno kanalisanje prometa dobara i usluga. Zbog toga je glavni deo materijala uzet iz našeg pravnog života, poglavito iz naše sudske prakse. Taj materijal je obrađivan i prenesen u članove zakonskog nacrtu".⁴⁶

⁴⁵ Uporediti: Konstantinovich M.: *Le periculum rei venditae en romain*, thèse pour le doctorat, Lyon 1923, str. 298; Eisner-Horvat: *Rimsko pravo*, Zagreb 1948, str. 91-92.

⁴⁶ Konstantinović M.: *Obrazloženje Prednacrtu zakonika o obligacijama*, Opšti deo, Beograd, juli 1966. godine, str. 1.

Razumljivo je stoga što je rad sudova dobio tako važnu ulogu, a metod koji je prof. Konstantinović upotrebljavao ranije za naučnu obradu prava, postao toliko dragocen u pripremi kodifikacija.

Sudska praksa omogućavala je stepenom izjednačavanje prava u nas. Videli smo kakva je podeljenost u tom pogledu postojala pre rata. Bilo je mišljenja i posle oslobođenja da sudovi i dalje treba da na svakom području primenjuju samo pravna pravila koja su važila na tom području. Profesor Konstantinović se suprotstavljao tom shvatanju. On je isticao da činjenica što sudovi mogu da primenjuju pravna pravila predratnog prava kao mekši materijal može biti iskorišćena u jednom višem cilju, u cilju stvaranja jedinstvenog pravnog sistema u našoj zemlji.⁴⁷ Po njegovom mišljenju "oslabljena snaga pravnih pravila i ustavna težnja ka jedinstvenom pravnom sistemu dozvoljava sudiji da vodi računa ne samo o pravnim pravilima svog područja, već i o pravnim pravilima drugih područja. Nije preterano reći da ga one upućuju na to da ako su pravna pravila raznih područja protivrečna, izabere ono koje najbolje odgovara našim potrebama."⁴⁸ S druge strane sudska praksa je predstavljala gipki oblik stvaranja prava. U njoj su mogle da dođu do izražaja nove težnje u pravu još pre nego što su bile formulisane u pozitivnim zakonskim tekstovima. Ona je takođe omogućavala da se sagledaju i uporede različita rešenja i da se među njima traže najbolja i najpogodnija pravila za naše novo pravo.

Naravno, to nije bio nimalo jednostavan posao. U hiljadama odluka koje su donosili sudovi bilo je dosta lutanja i grešaka. Velika zasluga profesora Konstantinovića je u tome što je u ovom razuđenom i fluidnom pravnom materijalu uspevao da nađe čvrst oslonac. Taj oslonac predstavljala su opšta pravna načela i ona su mu poslužila kao kriterijum prema kome je ispitivao stanovišta izražena u sudskoj praksi. Tako je činio kada je, kritikujući pojedine delove obrazloženja, u jednoj odluci Vrhovnog suda Srbije isticao da je njena doktrina inače saglasna sa osnovima našeg prava.⁴⁹ Isto tako je činio i kad se nije slagao sa stanovištem suda kao na primer u ovom slučaju: "Ono što je naročito u ovoj presudi to je da se u njoj podvlači da ni po posebnim propisima ni po opštim pravilima verenik koji je raskinuo veridbu svojom krivicom i time prouzrokovao štetu drugom vereniku ili njegovim roditeljima ne može odgovarati za tu štetu... To bi značilo da pa ovome

⁴⁷ Konstantinović M.: Stara "Pravna pravila" i jedinstvo prava, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 4/1957, str. 434-435.

⁴⁸ Konstantinović: Stara "Pravna pravila" i jedinstvo prava, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 4/1957, str. 435.

⁴⁹ Konstantinović M.: Priroda ugovorne kazne - smanjenje od strane suda. Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 2/1953, str. 215.

terenu ne važi jedno od najvećih i najvažnijih načela našeg prava”. I onda je dolazila značajna konstatacija: “Srpski građanski zakonik prestao je da važi kao zakon, ali načelo odgovornosti za prouzrokovanu štetu nije prestalo da važi”.⁵⁰ Tako su se tokovi sudske prakse sve više usklađivali sa opštim načelima našeg prava. Ali su istovremeno brojna pravna pravila bila temeljito preispitana u ovom značajnom radu sudova. Zahvaljujući toj praksi sudova lagano su nastajala nova pravna pravila koja su sve više odgovarala našim novim potrebama.

v) Oslanjanje na dostignuća u uporednom pravu

Ali nije dovoljno da zakonik izražava pravna shvatanja sredine u kojoj je nastao. Može se desiti da ta shvatanja nisu na visini onih rezultata koje je postigao razvoj prava u drugim zemljama. Potrebno je stoga da zakonik ispunji i drugi uslov da bude u svakom pogledu na dostojnoj visini. Da bi to mogao postići potrebno je da redaktori prate dostignuća uporednog prava i naročito iskustva iz stvaranja najmodernijih zakonika.

Otuda kada okrenemo pogled ka Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima, zapazićemo da pojedine formulacije pravila pa i čitave ustanove podsećaju na strane uzore.

Tako će francuskom pravniku biti bliska pravila o odgovornosti za prouzrokovanu štetu u kojima se zahtevaju tri uslova: šteta, krivica i uzročna veza (a izostavlja protivpravnost kao uslov za deliktnu odgovornost)⁵¹ kao i izreka o odgovornosti po osnovu krivice: Ko drugome prouzrokuje štetu svojom krivicom, dužan je naknaditi je.⁵² Slično će biti sa pravilima o osnovu ugovora ili sa onima o vršenju dužnikovih prava⁵³ ili sa izrekom: Izuzima se slučaj prevare⁵⁴ i nekim drugim.

Po mnogo čemu, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima može podsetiti na Švajcarski zakonik o obligacijama. U Skici se kao i u Švajcarskom zako-

⁵⁰ Konstantinović M.: Pravna dejstva veridbe, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, br. 3/1954, str. 326.

⁵¹ Uporediti: “Pri ispitivanju da li je lice koje je prouzrokovalo štetu krivo treba istražiti da li se ono ponašalo kako je trebalo, pri čemu treba voditi računa o redovnom toku stvari i o tome šta se od razumnog i pažljivog čoveka moglo osnovano očekivati u datim okolnostima. Kriterijum je objektivni. Sa ovako shvaćenom krivicom nepotrebno je isticati protivpravnost kao zaseban uslov odgovornosti.” Konstantinović M.: Obrazloženje prednacrtu zakonika o obligacijama, Opšti deo (Pregled osnovnih ideja i pojedinih odredaba Prednacrtu). Beograd, juli 1966, strana 15, str. 42.

⁵² Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, čl. 123, stav 1.

⁵³ Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, čl. 226.

⁵⁴ Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, čl. 552, stav 3.

niku o obligacijama nalaze pravila ne samo građanskog nego i privrednog (trgovinskog) obligacionog prava.⁵⁵ Isto tako i u Skici kao i u Švajcarskom zakoniku izjednačenje ovih pravila nije dovedeno do kraja. Pored opštih pravila koja se primenjuju na ugovore koje mogu zaključivati građani postoje i posebna pravila koja se primenjuju na ugovore u privredi. Slično je i u Švajcarskom zakoniku o obligacijama u kome pored opštih pravila zajedničkih za sve, postoje i posebna pravila koja se primenjuju samo na obligacione odnose nastale u privredi. Uz to raspored građe u Skici najbliži je rasporedu koji je prihvaćen u Švajcarskom zakoniku o obligacijama. Isto tako u pojedinim pravilima može se uočiti uticaj švajcarskog prava (npr. pravila o ponudi i pregovorima itd. kao i pravila o zastarelosti koja se doduše ne nalaze u Skici nego u ranije donetom Zakonu o zastarelosti potraživanja, odakle su sa malim izmenama uneta u Zakon o obligacionim odnosima).

Nemački pravnici prepoznaje u Skici pojedina pravila karakteristična za Nemački građanski zakonik kao naprimer: zelenaški ugovor,⁵⁶ konverziju,⁵⁷ pravila o preuzimanju duga,⁵⁸ prigovor neispunjenog ugovora⁵⁹ itd. Izgleda da su i pojedina pravila o ugovoru o zakupu izrađena po ugledu na Nemački građanski zakonik, naročito pravila o otkazu bez otkaznog roka.⁶⁰

I pravnici iz nekih drugih zemalja mogli bi tvrditi da su pojedini pojmovi ili pravila preuzeti iz njihovih pravnih sistema. Anglosaksonski pravnici bi mogli reći da razlikovanje povreda ugovora⁶¹ na nebitne i bitne (fundamental breach of contract) kao i standardi razumno lice⁶² (reasonable man) i razuman rok⁶³ (within a reasonable time) potiču iz Common Law-a.

⁵⁵ Uporediti: Konstantinović M.: Unifikacija privrednog i građanskog prava, referat za savetovanje: Mesto Civilnog kodeksa u sistemu našeg prava, Beograd, 7, 8. i 9. maj 1969, str. 6; Konstantinović M.: Predgovor za Švajcarski zakonik o obligacijama, Beograd 1976, str. 8.

⁵⁶ Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, član 108 (Uporediti Nemački građanski zakonik § 138 stav 2).

⁵⁷ Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, član 83; Nemački građanski zakonik § 140.

⁵⁸ Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, članovi 371-375; Nemački građanski zakonik §§ 414-419.

⁵⁹ Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, članovi 90-91; Nemački građanski zakonik §§ 320-322.

⁶⁰ Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima, članovi 540, 544 stav 1 i 548, kao i član 557 stav 1; Uporediti § 553, § 554, st. 1 tačka 1 i § 544 Nemačkog građanskog zakonika.

⁶¹ Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, članovi 95, 417 i 418.

⁶² Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, član 95.

⁶³ Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, članovi 94, 418.

Italijanski građanski zakonik mogao je inspirisati profesora Konstantinovića da u jednom tekstu izloži pravila i građanskog i privrednog prava⁶⁴ (mada je verovatnije da je kao primer poslužio Švajcarski zakonik o obligacijama) kao i da unese instituciju ustupanja ugovora.⁶⁵

g) Uticaj haških jednoobraznih zakona

Poseban značaj za rešenja prihvaćena u Skici imaju Jednoobrazni zakon o zaključenju ugovora o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari i Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari izrađeni na diplomatskoj konferenciji u Hagu 1964. godine. Profesor Konstantinović, koji je i sam učestvovao u radu konferencije, imao je visoko mišljenje o vrednosti pravila koja sadrže ovi zakoni.

Po njegovim rečima: “U njima se nalaze rešenja velikog broja pitanja iz oblasti ugovora o prodaji, najvažnijeg pravnog instrumenta prometa, ali se mnoga od tih rešenja mogu generalisati. Tako je upravo urađeno u ovoj skici, u kojoj je prihvaćen izvestan broj odredaba haških uniformnih zakona i proširen na sve ili još neke druge ugovore”.⁶⁶

Značaj ovih zakona, a naročito Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari je u tome što su oni bili korak na putu ka unifikaciji pravnih pravila u oblasti međunarodne prodaje. Redaktori ovog zakona nastojali su, po rečima jednog od istaknutih učesnika u radu Haške konferencije, da omoguće privrednicima da prilikom zaključivanja ugovora o prodaji primenjuju samo dva sistema pravnih pravila - nacionalno pravo za ugovore u unutrašnjem prometu i jednoobrazno pravo za ugovore u međunarodnom prometu.⁶⁷

Profesor Konstantinović je imao pred očima još ambiciozniji cilj, da našim privrednicima omogućiti da u ugovorima o prodaji primenjuju istovetna pravila bez obzira na to da li ugovore zaključuju u domaćem ili međunarodnom prometu. Evo kako je to nastojanje izrazio u obrazloženju odredaba o raskidu ugovora zbog neizvršenja: “Dvojestvo prava može zbuniti privrednike koji ne raspolažu

⁶⁴ Konstantinović M.: Unifikacija privrednog i građanskog prava, referat za savetovanje “Mesto Civilnog kodeksa u sistemu našeg prava”, Beograd 7, 8. i 9. maj 1969. godine, str. 1 i 5-6.

⁶⁵ Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, članovi 112-114; uporediti Italijanski građanski zakonik, članovi 1467-1469.

⁶⁶ Konstantinović M.: Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Prethodne napomene, Beograd 1969, str. 8.

⁶⁷ Tunc, A.: Jednoobrazni zakon o međunarodnoj prodaji telesnih pokretnih stvari, Pravni život br. 3/1978, str. 5.

specijalnom i visokokvalifikovanom pravnom službom. A kako su odredbe jednoobraznog zakona nesumnjivo dobro izrađene i o njima su se i pravni i privredni krugovi izrazili povoljno, naš nacrt je usvojio načela jednoobraznog zakona, a neke njegove odredbe prihvatio doslovno". To je slučaj sa raskidom ugovora zbog neispunjenja, s tom razlikom što se jednoobrazni zakon odnosi samo na prodaju, a nacrt proteže iste odredbe na sve dvostrane ugovore".⁶⁸

Iako se ova očekivanja nisu u potpunosti ispunila ni na međunarodnom ni na unutrašnjem planu (pravila u oblasti međunarodne kupoprodaje doživela su dalju evoluciju, a na drugoj strani redaktori Zakona o obligacionim odnosima odstupili su u pojedinim pitanjima od rešenja sadržanih u Skici) rad profesora Konstantinovića nije ostao bez rezultata ni u ovoj oblasti.

Zahvaljujući činjenici što su i za naše unutrašnje pravo bila predložena pravila iz Jednoobraznog zakona o međunarodnoj prodaji i naša šira pravnička javnost upoznata je sa modernim težnjama u ovoj važnoj oblasti prava i naši pravnici su ovladali pojmovima sadržanim u pravilima o međunarodnoj kupoprodaji.

U pravilima o kojima je bilo reči kao i u nekim drugim predlozima u Skici, svakako se mogu prepoznati strani uticaji. Profesor Konstantinović je i sam govorio o tome da se služio pozajmicama iz stranog prava.⁶⁹ Ali uticaji ne znače recepciju a pozajmice ne znače imitaciju. Pre bi se moglo govoriti o tome, da su pojedine ideje inspirisale profesora Konstantinovića da i sam predloži u Skici slična rešenja za naše pravo nego da je Skica urađena prema ovom ili onom uzoru. Istina, ako se istražuje poreklo pojedinih pravila sadržanih u Skici, teško će se naći neko koje bi predstavljalo potpunu novinu. Kao što je rečeno, korišćeni su rezultati teorijskih istraživanja i bez predubeđenja činjene pozajmice iz uporednog prava. Ali je svaka pozajmica brižljivo ispitivana i proverena je da li se može prihvatiti u našem pravu. Zbog toga su mnoga pravila čije je poreklo u stranim pravima prerađena da bi mogla da odgovore potrebama našeg pravnog prometa.

G. Osobnosti Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima

Ovako prerađena pravila valjalo je uskladiti sa drugim pravnim pravilima, a sve njih usaglasiti sa osnovnim načelima našeg pravnog sistema. To nije bio ni malo lak posao. Ali je upravo u tome poslu Skica dobijala obeležja svoje originalnosti. Jer kada se ispituje poreklo pojedinih pravila predloženih u Skici, teško će

⁶⁸ Konstantinović M.: *Obrazloženje Prednacrtu zakonika o obligacijama*, Opšti deo, Beograd, jula 1966, str. 12.

⁶⁹ Konstantinović M.: *Obligacije i ugovori*, Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Prethodne napomene, str. 8.

se naći neko koje bi predstavljalo potpunu novinu. Mahom su to poznata rešenja ponekad, kao što smo videli i pozajmljena iz drugih pravnih sistema. Međutim, pravila su izrađena sa takvom minucioznošću, pozajmice ukoliko ih ima prerađene u tolikoj meri, a sva rešenja slivena u tako harmoničnu celinu, da se sa razlogom može govoriti kako Skica predstavlja jedno uistinu originalno delo, i nalazi svoje mesto uz ostale velike sisteme obligacionog prava.

Obeležje po kojem se Skica izdvaja od većine zakonodavnih tekstova u nas jeste neponovljivi stil profesora Konstantinovića. Umesto nagomilanih reči i užurbanog i nervoznog izlaganja, u Skici se ponovo javio mirni, danas već gotovo zaboravljeni govor. Način na koji se izlažu misli u Skici nema ničega od onog manira izražavanja po kome su pravni tekstovi na zlu glasu. Skica se obraća čitaocu i upućuje mu poruku baš onako kako nam se čini da bismo se mi obratili našem sagovorniku. Zato se tu iz stava u stav misli povezuju onim svakodnevnim obrtima koji kao stilsko sredstvo omogućuju da se bolje uoči smisao pravila.

Čiste i jasne misli same pronalaze svoj put do jezičkog izraza. Pravila su izložena bez ikakvih ukrasa i zato su atributi retki.

Evo kako je sam profesor Konstantinović o tome govorio:

“U pravnim formulama nije uvek potrebno reći sve reči; želja za potpunosti i preciznošću može lako da dovede do nejasnosti”.⁷⁰

Ono što je cenio kod drugih profesor Konstantinović je postavio sebi kao cilj. Zato je izražavanje u Skici jezgrovito, reči su probране a stil uzdržan.

I u ovom pogledu, uz neke strane uzore, neposredni preteča profesoru Konstantinoviću bio je Valtazar Bogišić. Njihova dela razdvajaju vremenski razmak od devedeset godina, ali je cilj koji ih je rukovodio bio isti: stvoriti zakonik u kome će pravna pravila biti izložena na jednostavan način i rečima koje će biti razumljive svima.

Redaktori Zakona o obligacionim odnosima nastojali su, a u velikom broju slučajeva i uspevali da očuvaju stil i jezik Skice.

ZAKLJUČAK

Zakon o obligacionim odnosima, zasnovan u svom pretežnom delu na Konstantinovićevoj Skici za zakonik o obligacijama i ugovorima, usvojen je u Saveznoj Skupštini 30. marta 1978. godine. Njegovo donošenje označilo je novu važnu etapu na putu kodifikacije Građanskog prava. Naime, veliki delovi materije od kojih se u pandektnom sistemu sastoji Građanski zakonik, porodično pravo, na-

⁷⁰ Konstantinović M.: Priroda ugovorne kazne - smanjenje od strane suda, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu* br. 2/1953, str. 214.

sledno pravo i obligaciono pravo uređeni su novim zakonima. Istina u formalnom smislu se ne može govoriti o kodifikaciji, jer je materija sadržana u posebnim zakonima, ali i pored spoljne razdvojenosti, pomenute zakone prožima isti duh i oni čine usklađenu celinu. Izvan ovog glavnog toka zakonodavne delatnosti ostala je samo oblast stvarnog prava, kao i neka pitanja opšteg dela Građanskog prava. Zahvaljujući tom radu i reformama koje su izvedene, Srbija je danas u situaciji da ima zakone u oblasti Građanskog prava koji se nalaze na nivou najviših dometa u uporednom pravu. Sistem koji je njima uspostavljen omogućava da se u daljem radu upotpuni delovima koji nedostaju i koji treba uskladiti sa postojećom celinom.

GRAĐANSKI ZAKONIK KAO DRUŠTVENI IMPERATIV

U V O D

Da li je donošenje Građanskog zakonika društveni imperativ Srbije 21. vijeka?¹ Pošto mislimo da je notorna činjenica da donošenje građanskog zakonika za pravničku javnost predstavlja društveni imperativ i da o tom aksiomu nije potrebno iznositi neke nove dokaze, razmotrićemo drugo pitanje: zašto je usvajanje građanskog zakonika društveni imperativ?²

Da bismo dobili cjelovit odgovor pokušaćemo odgovoriti na pitanja: koji su istorijski razlozi, ustavno-pravni i uporedno-pravni razlozi, razlozi pravne sigurnosti i uspostavljanja pravne države te razlozi regionalne posvećenosti da je građanski zakonik društveni imperativ Srbije početkom XXI vijeka.

Dr Branko Morait, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjaluci.

¹ U gramatici imperativ je zapovjedni način glagola kojim se izriče zapovijed (imperativ od glagola učiti je uči), ali i poticanje pa i zabrana. Pojam dolazi od latinske riječi *imperativus*, *imperare*, a znače zapovjedni, odnosno zapovjediti, nametnuti. U običnom govoru imperativ je ono što se ne može otkloniti ili izbjeći, neizbježan ili neotklonjiv zahtjev, važna obaveza, nužna potreba. U pravu imperativna norma je zapravo nešto što se ne može izbjeći, to jest stroga norma.

² Radmila Kovačević-Kuštrimović, *Uvodno izlaganje: Kodifikacija građanskog prava u Srbiji, Aktuelna pitanja građanske kodifikacije*, Zbornik radova, Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2008., str.13: "Na sreću, danas smo pred nezaobilaznim izazovom, da pripremimo i donesemo građanski zakonik".

ISTORIJSKI RAZLOZI

Kako se desilo da Srbija u istorijskim previranjima ostane bez svog građanskog zakonika? Projekt Jovana Hadžića, po uzoru na Austrijski građanski zakonik, ozakonjen je 1844. godine kao Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju. U literaturi se neumorno ponavlja da je to skraćena verzija Austrijskog građanskog zakonika koja ima 950 paragrafa umjesto 1502,³ a ta redakcija skraćivanja prevođa je kritikovana, jer je pokidala organske veze među institutima, ali, u cjelini, s gledišta razvoja prava, sa svim svojim nedostacima, Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju značio je modernizacijski poduhvat za onovremene društvene prilike u Srbiji.⁴ Ovaj zakonski akt nije preuzela novostvorena Kraljevina Srba, Hrvata i Slovenaca,⁵ nego je prionula na izradu jedinstvenog, jugoslovenskog zakonika, ali je taj posao nedovršen u formi Predosnove građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju (1934).⁶ U literaturi iz pravne historiografije,⁷ pokazuje se kako je neusklađenost propisa između različitih pravnih područja komplikovala pravni život prve jugoslovenske države. Pokušaji stručne javnosti da se ta pitanja riješe nailazili su na otpor vjerskih zajednica i političara, tako da su se upravo ove oblasti najviše isprečile na putu kodifikacije građanskog prava.

Poslije stvaranja druge Jugoslavije ukinuti su svi građanskopravni propisi zatečeni na tlu Jugoslavije i prekinut je kontinuitet sa starim pravom Zakonom o nevažnosti pravnih propisa donijetih prije 6. aprila 1941. godine i za vrijeme neprijateljske okupacije ("Službeni list FNRJ", broj 86/25. oktobra 1946).⁸ Poznato je ukazivanje profesora Slobodana Perovića na antipravno djelovanje "revolucionarne svijesti", jer je 1946. godine jednim zakonom, Zakonom o nevažnosti... izvršena abrogacija cjelokupnog pozitivnog prava, koje je, u ono vrijeme u obla-

³ Stanković-Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, "Nomos", Beograd 2007.-Obren Stanković: *Izvori građanskog prava* (7-50), str. 30.

⁴ Ibid., str.31.

⁵ Kako se iz istorijsko-pravnih radova može razaznati, osnovni problem koji je počeo tinjati uoči stvaranja "prve" Jugoslavije, da bi se rasplamsao i ugasio tek konačnim raspadom jugoslovenske države ticao se razlika u odnosu na unutrašnje državno uređenje. Glavna se borba vodila između dvije nacionalne ideje, srpske i hrvatske, odnosno "krfskog" državnog koncepta (unitarističkog) i tzv. "ženevskog" (federalističkog). Jedan od rijetkih istovjetnih interesa srpskih i hrvatskih narodnih predstavnika bio je otpor prema tuđinskoj vlasti kojoj su vijekovima bili ugnjetavani. (navedeno prema: Prof.dr Zdrava Stojanović: -O koncepcijama državnog uređenja uoči stvaranja "prve" Jugoslavije -, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci, broj 38, Banja Luka, 2016. str. 8 i 9.

⁶ Stanković-Vodinelić, op. cit.

⁷ Prof.dr Dragan Pantić: Pitanje unifikacije porodičnog, nasljednog i zadružnog prava u Kraljevini Jugoslaviji (SHS), Istočno Sarajevo 2006.

⁸ Stanković-Vodinelić, op. cit.Ibid.

sti građanskog prava izražavalo tekovine evropske pravne civilizacije.⁹ Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju izgubio je pravnu snagu nakon 6. aprila 1941. godine, ali su sudovi ovlašćeni da iz ukinutih propisa primjenjuju ona pravila za koja ocjene da su u skladu sa pozitivnim pravom i načelima novog ustavnog poretka.¹⁰

Zakonodavno pitanje postaje kamen smutnje u SFRJ¹¹ tako što je umjesto šest pravnih područja iz prve Jugoslavije uspostavljeno osam (od toga tri u Srbiji) što je nazvano "pravnim federalizmom najgore vrste".¹² Dogodilo se da se Republika Srbija, nakon što je dobila svoju samostalnost disolucijom iz Jugoslavije, nije vratila svom građanskom zakoniku, koji je među prvim državama u Evropi imala, nego je pristupila izradi novog građanskog zakonika. Kao podloga za novi građanski zakonik nije joj poslužio stari građanski zakonik. Zbog ove činjenice, slobodni smo sadašnjem zakonodavcu predložiti da se istorijsko-pravni kontinuitet iskaže barem u preambuli novog građanskog zakonika u kojoj bi se spomenuo prethodnik, Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju. Jer, kako se u literaturi navodi, ma kakvo imali mišljenje o Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844, bilo bi možda dobro da je on ostao da važi,¹³ jer bi se onda zadržao pravni kontinuitet i prema njemu bi se postupalo kao i sa ostalim građanskim zakonima toga doba (francuski, njemački, austrijski, itd.), jer bi, kao i u tim zemljama, bio mijenjan, dopunjavan i modernizovan. Umjesto toga on je abrogiran na "revolucionaran" način, i nakon stogodišnjeg važenja i primjene, završio u istorijskom arhivu.

Istorija se ne može mijenjati. Nakon 102 godine primjene jednim zakonom se ukidaju svi zakoni, pa tako i Srbijanski građanski zakonik. Pokušaji da se on ukine započeli su i u Kraljevini S-H-S odnosno Kraljevini Jugoslaviji kroz pokušaje izrade jugoslavenskog građanskog zakonika. Znači da se nastojalo da se Srbija liši svoje državno-pravne nezavisnosti i samostalnosti još od 1918. godine.¹⁴

⁹ Vlada Republike Srbije-Komisija za izradu Građanskog zakonika-Građanski zakonik Republike Srbije-Radni tekst-Pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim predlozima, Beograd, 29. Maja 2015. godine, Obrazloženje, str. 682. (u daljem navođenju: Obrazloženje)

¹⁰ Obrazloženje., str.32-33.

¹¹ Mesto civilnog kodeksa u sistemu našeg prava: savetovanje koje se organizuje u vezi sa radom komisije za civilni kodeks savezne skupštine Beograd. Institut za uporedno pravo. 1969.; tako je jula 1964. godine izrađena "Predosnova za Nacrt zakona o pravima na stvari", sa njenih 335 članova. Juna 1966. godine nacrt "Civilnog kodeksa"; Predosnova i Civilnog kodeksa, kao tekstova nastalih u okviru jedinstvene nadležnosti federacije za celokupno stvarno pravo. (Savezni sekretarijat za zakonodavstvo i organizaciju, "Predosnova za Nacrt zakona o pravima na stvari", Beograd, jul 1964.)

¹² Ibid. 34.

¹³ Radmila Kovačević-Kuštrimović, Uvodno izlaganje, op. cit. str. 13.

¹⁴ Još 1917. Prilikom Krfske konferencije od strane hrvatskog predstavnika A. Trumbića izražen je stav da model državnog uređenja ujedinjene jugoslovenske države mora da ima podijelje-

Kako nam pokazuju istraživači jugoslovenske pravne istorije, ponovno je uzor za izradu jugoslovenskog građanskog zakonika prvenstveno nađen u Austrijskom građanskom zakoniku kao izvorniku, pod izgovorom da S.g.z. nije dobar, jer je skraćeni prevod, a OIZ nije primjeren, jer je Crna Gora predstavljala malu državu da bi velika Jugoslavija preuzela njen građanski zakonik ili da bi joj poslužio za osnov izrade jugoslavenskog građanskog zakonika.

U svakom slučaju građanska kodifikacija se tokom istorije moderne državnosti na slovenskom jugu ne gubi iz vida, i pravnicima kao i državicima ukazuje na tradiciju jedinstvenih građanskih zakonika, iz koje, kako se u literaturi navodi: "pravo vuče opsegu trajnosti, stabilnosti, univerzalnosti, etičnosti, pravičnosti, izvesnosti, umerenosti i svežine."¹⁵ Pod "svežinom" se misli na aktuelnost i neprolaznost odnosa kao i prirodu građansko-pravnih odnosa koji se, uprkos različitosti, po predmetu i metodu regulisanja, mogu svesti na zajednički imenitelj.¹⁶ U preambuli Radnog teksta Građanskog zakonika Republike Srbije jasno je istaknuto da se Zakonik donosi, između ostalog, i radi nastavljanja tekovine Evropske pravne civilizacije u oblasti kodifikacije građanskog prava, polazeći od razvoja pravne nauke, zakonodavstva, sudske i poslovne prakse u pravnom poretku Republike Srbije.¹⁷

Redaktori Prednacrt Građanskog zakonika ističu da je nedopustivo da Republika Srbija početkom XXI vijeka nema svoj Građanski zakonik, ako je bila među prvima u Evropi koji su još u prvoj polovini XIX vijeka imali svoj Građanski zakonik. Stoga je njegova izrada neophodna hitna potreba, a kao razloge ističu: "zbog opšteg stanja našeg prava, njegove istorije i kulture, kao i zbog značajnog koraka ka vladavini pravne sigurnosti...stabilnosti pravnih ustanova, što predstavlja jedan od neophodnih uslova konstitucije pravne države."¹⁸

Pošto nije prihvaćena mogućnost ozakonjenja Građanskog zakonika Kneževinu Srbiju iz 1844. i njegove eventualne modernizacije, zapažamo da se, na izvjestan način, može govoriti o recepciji sistematike Njemačkog građanskog zakonika od strane redaktora Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije. Razvoj zakonodavstva je išao izabranim pravcem, jer se u radovima pravnih

no zakonodavstvo između centra i pokrajina te konfederalni način odlučivanja, gdje bi konstitutivni akt bio rezultat saglasnosti posebnih volja. (prema: Prof.dr Zdrava Stojanović: -O koncepcijama državnog uređenja uoči stvaranja "prve" Jugoslavije-, Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banja Luci, broj 38, Banja Luka, 2016. str.

¹⁵ Radmila Kovačević-Kuštrimović, Uvodno izlaganje, op. cit., 24.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Iz Obrazloženja, str. 683.

¹⁸ Ibid., 698.

teoretičara isticala potreba da građansko zakonodavstvo u Republici Srbiji dobi-
je Opšti dio, jer su svi posebni dijelovi građanskog zakonodavstva već bili ugra-
đeni u pozitivno pravo i samo su čekali svoju modernizaciju. Otuda se prije može
reći da je sistematika Prednacrt Građanskog zakonika Srbije djelo domaće pa-
meti, a da je sličnost sa sistematikom Njemačkog građanskog zakonika slučajna.
Razvoj sistema grana prava u drugoj Jugoslaviji išao je u pravcu formiranja grane
prava za svaku od osnovnih cjelina građansko-pravnih odnosa s tendencijom iz-
dvajanja porodičnog prava iz sistema građanskog prava. Ta tendencija je produ-
bila ovaj put razvoja i trasirala pravac koji je započet s Zakonom o nasljeđivanju
a nastavljen sa Zakonom o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima i Zakonom o
obligacionim odnosima.

PROSVJETNO-PEDAGOŠKI RAZLOZI

Redaktori Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije u svojim ra-
dovima ističu da su sve kodifikacije privatnog prava na evropskom kontinentu
bile prožete tekovinama pravne nauke, a kada bi bile ozakonjene vršile su povrat-
ni uticaj na snažan razvoj pravne nauke.¹⁹ Kotrebadasenađe u ulozikodifikatora?
Dalibitotrebalo da bude praktičar kakvog je Pruski kralj, Fridrih Drugi Veliki, naša ouli-
čnosti Karla Gotliba Švarca, koji je stvorio djelo od 17.000 paragrafa (*Allgemeine Lan-
drecht Preussien*), jer je Kralj izričito zabranio da u radu učestvuju profesori, sma-
trajući da su "previše opširni". Suprotno, Njemački građanski zakonik djeluje kao
naučno djelo sa logičkim konstrukcijama, metodom apstraktne kazuistike, poput
zbirke matematičkih formula, kako ga je okarakterisao Girke. Napoleon je odabrao
praktičare, jer po njemu kod izrade zakonika nema filozofiranja ni teoretizovanja,
prema devizi: "zakonodavčevo je da naređuje, a ne da podučava". Austrijski gra-
đanski zakonik radile su pristalice škole prirodnog prava, afirmišući u paragra-
fu 7. princip, po kojem, ako se sporno pitanje ne može presuditi ni po slovu ni po
duhu zakona, treba ga presuditi po načelima prirodnog prava s obzirom na okol-
nosti. Najzad, nezaobilazan je i Bogišićev metod, koji počiva na domaćem obi-
čajnom pravu i pravnim tekovinama uporednog prava. I dalje vrijedi preporuka
kodifikatorima: da se čuvaju obe krajnosti; onih koji žele sve normirati (prenor-
miranosti) i onih koji misle da je dovoljno postaviti samo načela (podnormirano-
sti). Ujedno je bolje isključiti, izostaviti, suvišna pravila. Huber, glavni redaktor
Švajcarske kodifikacije, mada je polazio od metoda kompilacije (kantonalnog za-

¹⁹ Ibid.

konodavstva, njemačkog prava i Francuskog građanskog zakonika), u građi je nalazio inspiraciju, a nije se zadovoljio prostom kompilacijom.²⁰

Udžbenici građanskog prava u bivšoj Jugoslaviji bili su posvećeni institutima građanskog prava, ali njihovo izučavanje nije poticalo iz pozitivno-pravnog izvora kakav je prvenstveno građanski zakonik. Otuda je zanimljiva opaska da se “u Srbiji uči građansko pravo bez građanskog zakonika, ili na osnovu predratnog prava²¹ ili nekoliko zakonika različitog kodifikatorskog kapaciteta, ali uvek sa epitetima nedovoljnog, neusklađenog ili čak i potpuno neregulisanog”.²² To se posebno odnosi na opšti dio građanskog zakonika koji se izučava kao opšti dio građanskog prava. Kako se, s pravom, ističe, pravna nauka u Srbiji, kao i u drugim dijelovima bivše Jugoslavije, nije uspjela, zbog diskontinuiteta s prijeratnim pravnim poretom, da uspostavi mnoge pravne institute i pojmove, od kojih je, najdrastičniji primjer, nenormiranost prava svojine.²³ Kako se ističe i u Obrazloženju Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, “umjesto čvrstih pravnih normi, važila su fluidna pravila ideološko političkog karaktera, a umjesto u sudovima odluke o spornim društveno-ekonomskim pitanjima donošene su u centrima političke moći... Preovlađujuća koncepcija smatrala je da društvena svojina nije uopšte pravo svojine te da stoga ne podleže pravnom uređivanju.”²⁴

IMPERATIVI VREMENA I PROSTORA

Pod imperativima vremena i prostora podrazumijevaju se dvije pojave: prva je tranzicioni period ili period pravnih reformi kroz koji prolazi Republika Srbija, a prostor je teritorija bivše SFRJ koja se preimenovala u region jugoistočne Evrope. Na tom prostoru i druge zemlje, države, bivše jugoslovenske republike odnosno federalne jedinice, brinu iste brige. Koji je imperativ vremena da se donese građanski zakonik u prvoj polovini XXI vijeka? Prema aktuelnom stanju u Regionu, prvi su, s kodifikovanjem građanskog prava započeli u Republici Makedoniji pod rukovodstvom prof.dr Galeva, uz seriozni elaborat i podršku društveno političkih institucija. Vlada Republike Makedonije je sa procesom izrade Građanskog zakonika Republike Makedonije je započela 2011. godine. Projekat se sastoji od pet knjiga: opšti dio, stvarno pravo, obligaciono pravo, nasljedno pravo i po-

²⁰ Stanković-Vodinić, Uvod u građansko pravo, “Nomos”, Beograd 2007. - Obren Stanković: Izvori građanskog prava (7-50).

²¹ Abrogiranog.

²² Radmila Kovačević-Kuštrimović, Uvodno izlaganje, op. cit., str. 13.

²³ Ibid., str. 29.

²⁴ Iz Obrazloženja, str. 689.

rodično pravo. Završene su radne verzije treće i četvrte knjige (obligacioni odnosi i nasljednopravni odnosi). Druga i peta knjiga se rade, a rad na prvoj knjizi je planiran po završetku izrade sve četiri knjige, od druge do pete.²⁵

U ostalim bivšim jugoslovenskim federalnim jedinicama ne postoji opredjeljenje za izradu Građanskog zakonika. Upitno je ponašanje istaknutih crnogorskih civilista kojima Opšti imovinski zakonik, kao mnogohvaljeno djelo Val-tazara Bogišića, služi kao dika i ponos, ali ne i kao operativna podloga za izradu građanskog zakonika.

Naše je mišljenje da je povratak privrede i društva pravu svojine i ugovoru zapravo onaj kopernikanski obrat koji je uslovio i neminovno donošenje građanskog zakonika. Zapravo, taj povratak je prethodno poguran ishitrenim ekonomsko društvenim mjerama koje su se označile kao sveobuhvatna privatizacija. U toj zbrzanjoj mjeri, obećanoj kao nekom čarobnom štapiću tranzicije, “šok-terapije”, pravnici su bili zatečeni i njihov glas se nije dovoljno čuo. Red poteza nije bio pravnički zamišljen niti osmišljen, jer je morala privatizaciji da prethodi denacionalizacija. Pored toga, samoupravni socijalistički model pravnog lica u obliku OOUR i drugih oblika bio je idealan model za formiranje akcionarskih društava i stvaranje neke vrste radničkog akcionarstva te njegovog dobrovoljnog i neminovnog prelaska na berzu akcija. Umjesto toga, društvena svojina je privatizovana praveći “grešku u koracima”.

Naime, prethodno je podržavljena, od društvene je nastala državna svojina i onda se prišlo privatizaciji na krajnje ekonomski nepromišljen način, tako da su tranzicijske zemlje, nastale disolucijom Jugoslavije, ostale bez većine privrednih subjekata, a posebno najvećih, “giganata”. Iz jednog vjerovanja ušlo se u drugo, tj. da je spas u malim i srednjim preduzećima a da velika ne treba da postoje. Poslušnost svjetskim ekspertima se nije isplatila. Građanski zakonik, da je tada još bio donesen, bio bi brana ishitrenim potezima u doba privatizacije i tranzicije, jer bi autoritetom pravednih rješenja osujetio zloupotrebe na putu tranzicije i privatizacije. Njegovo donošenje je dugo odlagano, ali je pravničkom upornošću osnivača Kopaoničke škole prirodnog prava neophodnost njegovog donošenja uspješno prezentirana zakonodavnoj vlasti u Republici Srbiji.

U literaturi se ističe da savremeno doba briše nacionalnu posvećenost građanskim zakonicima.²⁶ Ma šta to stvarno značilo, građanski zakonik i dalje osta-

²⁵ Prof.dr Jadranka Dabović Anastasovska, doc.dr Nenad Gavrilović: Neke dileme oko reformisanja ugovora o prodaji u radnoj verziji Građanskog zakonika Republike Makedonije, Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse, br. 14, Mostar 2016, str. 214.

²⁶ Radmila Kovačević-Kuštrimović, Uvodno izlaganje, op. cit., str. 13.

je kao jedno značajnoobilježje nacionalnog identiteta.²⁷ Strancima ne mora biti poznato i nije im poznato postojanje niza parcijalnih kodifikacija pojedinih građanskog prava koje je izvršeno,²⁸ ali im postojanje Građanskog zakonika ne bi moglo proći nezapaženo. Do afirmacije ideje da se pristupi izradi građanskog zakonika Republike Srbije, vjerovatno je bila tačnakonstatacija da se “domaća pamet” i ne uključuje u pripremu kodifikacije, jer se stekao utisak da se cjelokupna tranzicijska zakonodavna reforma svodila na usklađivanje domaćeg prava sa pravom EU odnosno s pravnim rješenjima iz dominantnih pravnih sistema, njemačkog i anglo-američkog prava, a u manjoj mjeri i francuskog, tako da dosadašnja reforma prava nije proizašla iz domaćih snaga i domaće pameti, nego se posao obavljaoposredstvom nadležnih ministarstava, tiho i rutinski.

Kao “volja vladajuće klase” javlja se i praksa Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu koja promoviše presedentnu praksu zasnovanu na filozofiji, zapravo ideologiji, ljudskih prava.²⁹ Tako se, iz sukobljavanja presedentne sudske praksa zaštite ljudskih prava sa zakonskim pravom i kontinentalnim suđenjem po zakonu, dolazi do konkretnih sudskih rješenja koja postaju obavezujuća za države članice Savjeta Evrope koje primjenjuju EKLJP. S druge strane, poduhvati raznih komisija za kodifikaciju evropskog građanskog prava su, zapravo, zanimacija za evropske pravne naučnike, ali bez stvarnih uslova za ozbiljan uticaj, jer stvarni i ozbiljni uticaj na stvaranje zajedničkog prava, bez potrebe vršenja kodifikacije, jeste, sudsko stvaranje prava na način da su zakoni podređeni sudijskom uvjerenju o stepenu zaštite ljudskih prava, u svakom konkretnom slučaju. U slučaju pripreme građanske kodifikacije u Republici Srbiji, kodifikatori predvođeni profesorom Slobodanom Perovićem su sačuvali svježinu slavnih kodifikatorskih vre-

²⁷ Zanimljiva je, rijetko navođena uloga KPJ od 1919. i za vrijeme trajanja kako “prve” tako i “druge” Jugoslavije, na rušenju vlasti, u novostvorenoj jugoslovenskoj državi, te djelovanja partijskog glasila “Proleter” od 1929. do 1942. u čijim uvodnicima je centralna tema bila pravo Hrvatskog naroda, za čije je uskraćivanje optuživan Srpski narod kao unitaristički i centralistički. (prema: Nadežda Vinaver, Knjiga o jasenovačkom logoru, izd. NNK International, Lomina 4/1 Beograd) Ma kako se činilo ovo pitanje prepušteno istorijskom zaboravu i irelevantnim u savremeno vrijeme, možda ga ne treba zanemariti u osvjetljavanju pravno-političke istorije Srbije u Jugoslaviji, pa tako i sudbine S.g.z. Čini nam se diskutabilnom ocjena o prevaziđenosti nacionalno-političke uloge Građanskog zakonika i njegove revalorizacije u osamostaljenoj Srpskoj državi XXI vijeka.

²⁸ Stanković-Vodinić, Uvod u građansko pravo, “Nomos”, Beograd 2007. - Obren Stanković: Izvori građanskog prava (7-50), str.33.: prema rješenjima Ustava FNRJ iz 1946: ozakonjeno je porodično pravo (Osnovni zakon o braku, Osnovni zakon o starateljstvu, Zakon o usvojenju, Osnovni zakon o odnosima roditelja i djece); Zakon o nasljeđivanju iz 1955, Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima 1976 i Zakon o obligacionim odnosima 1978). Ustav iz 1974. Prekinuo je zakonodavnu nadležnost savezne države u oblasti građanskog prava.

²⁹ Ibid., 14.

mena, kroz naučni pristup kodifikaciji polazeći od racionalne filozofije prirodnih prava, interpretirajući je kroz naučnu prizmu i dajući sudiji pouzdana mjerila za zaštitu ljudskih prava, bez potrebe za subordinacijom distribucije pravde prema aršinima evropskog sudije iz Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava.³⁰

Imperativ našeg vremena, kako se to žurnalistički govori, je modernizacija odnosno “modernizatorska iluzija” i zamjena “kosovskog mita”, “briselskim mitom”. “Briselski mit” se označava kao jedna zavodljiva, pokretačka, modernizatorska iluzija.³¹ U pravu se modernizacija promoviše kao harmonizacija domaćeg prava sa pravom EU. Proces pridruživanja neumitno zahtjeva implementaciju evropskog pravnog nasljeđa u domaće pravo. Evroskeptici među nama ističu da preuzimanje “evopskih zakona” ima smisla samo ako će Srbija jednog dana zasigurno ući u EU. U suprotnom, ti nekritički preuzeti zakoni su antirazvojni i zapadne zemlje nikada ne bi stigle do sadašnjeg stepena razvoja da su te zakone imali na onom stepenu razvoja na kojem su sada. Oni odgovaraju njima, ali da li je moguće da odgovaraju svima, tj. da isti aršini odgovaraju svima? Smatra se da je to jedna od najskupljih neoliberalnih iluzija, koja devastira zemlje periferije na sve četiri strane svijeta, te se karakteriše, od strane društvenih analitičara, kao “postideološki naučni kapitalizam” koji slijedi tragičnu logiku sovjetskog “naučnog socijalizma”.³² Imperativ za usaglašavanje propisa je ugovorna obaveza kojom države kandidati i članice EU preuzimaju obavezu da prilagode svoja domaća zakonodavstva u dovoljnoj mjeri kako bi se integrisali u nadnacionalnu zajednicu.

S druge strane, članicama EU garantovano je očuvanje nacionalnog identiteta. Pravno nasljeđe u oblasti građanskog prava je dio kulturnog identiteta svake nacije koja ima građansku kodifikaciju ili kodifikovano građansko pravo. Poznate su teškoće na ujednačavanju evopskog kontinentalnog prava sa anglo-saksonskim pravnim krugom. Možda se sada djelimično otklanjaju posredstvom “bregzita”. U svakom slučaju, posjedovanje građanskog zakonika je viza kojom se jedna zemlja prepoznaje u zajednici modernih država. A u Evropi aktivnosti na harmonizaciji i unifikaciji građanskog i privatnog prava su odavno započete putem izrade više projekata, Landovih načela, Gandolfijevog projekta, te Barovih timova za pojedine dijelove budućeg Evropskog građanskog zakonika.³³

³⁰ Vidi: M. Orlić, O kritici zakonskih nacrti, *Pravni život*, 7-8/1995, str. 1513.

³¹ Vidi: Z. Čirjaković, *Briselski zavet*, “Politika” 26. jun 2016, str. 06.

³² Vidi: *Ibid.*

³³ Radmila Kovačević-Kuštrimović, *Uvodno izlaganje*, op. cit. str. 33.; više vidi: Dr Atila Duđaš: *Od Načela evropskog ugovornog prava do Nacrta okvirnih pravila*, *Anali Pravnog fakulteta u beogradu* LX, 1/2012 (str. 319-336) - aktivnosti unutar pravničke zajednice EU započele su s izradom Načela evropskog ugovornog prava, što je plod rada tzv. Lando komisije doktrinarnog osnova

RAZLOZI USPOSTAVLJANJA PRAVNE DRŽAVE I PRAVNE SIGURNOSTI GRAĐANA

U Obrazloženju Nacrta Građanskog zakonika Republike Srbije ističe se jasno ustavni osnov sadržan u odredbama čl. 97 stav 1 tač. 6, 7 i 8 i člana 99 stav 1 tačka 7 Ustava Republike Srbije, prema kojima Republika Srbija uređuje i obezbjeđuje "...svojinske i obligacione odnose... i druge ekonomske i socijalne odnose od opšteg interesa." U preambuli Radnog teksta Građanskog zakonika Republike Srbije istaknuto je da se Zakonik donosi radi jačanja vladavine pravednog prava.³⁴

Kodifikatorski razlozi su izraz i izazov vremena. Donošenje cjelovitih, sveobuhvatnih, zakonskih tekstova za veliku oblast društvenih odnosa doprinosi stabilnosti, uspostavljanju sistema i organizacije društvenih odnosa. Idejno ili organsko jedinstvo propisa prema primjerenom metodu i sistemu ideal je na kojem su nastale građanske kodifikacije.³⁵ Razjedinjenost propisa građanskog prava je nepremostiva prepreka za pravni saobraćaj i jednak pravni položaj građana na teritoriju u uslovima sve većeg tržišta. Otuda kodifikacija nije samo izraz potrebe za

za donošenje zakona o ugovorima u EU; Projekat evropskog zakonika o ugovorima na čelu sa Đuzepeom Gandolfijem od 1990 s ciljem izrade evropskog građanskog zakonika iz ugovornog prava; projekat zajedničkog jezgra evropskog privatnog šrava (Trento projekat); Projekat evropskog građanskog prava kojim rukovodi Kristijan fon Bar; Nacrt okvirnih pravila je akademski tekst iz 2008. Godine od strane studijske grupe za evropski građanski zakonik i Istraživačke grupe za postojeće privatno pravo evropskih zajednica i ovaj nacrt se karakteriše kao dorada i dopuna Načela evropskog ugovornog prava.

³⁴ Iz Obrazloženja, str. 683.

³⁵ Navedeno prema: Obren Stanković: Izvori građanskog prava (7-50) - Stanković-Vodine- lić: Uvod u građansko pravo, Nomos, Beograd, 2007.: Ko treba da se nađe u ulozi kodifikatora? Da li bi to trebalo da bude praktičar kakvog je Pruski kralj, Fridrih Drugi Veliki našao u ličnosti Karla Gotliba Švarca, koji je stvorio djelo od 17.000 paragrafa (*Allgemeine Landrecht Prussien*), jer je Kralj izričito zabranio da u radu učestvuju profesori, smatrajući da su „previše opširni“. Suprotno, Njemački građanski zakonik djeluje kao naučno djelo sa logičkim konstrukcijama, metodom apstraktne kazuistike, poput zbirke matematičkih formula, kako ga je okarakterisao Girke. Napoleon je odabrao praktičare, jer po njemu kod izrade zakonika nema filozofiranja ni teoretizovanja, prema devizi: „zakonodavčevo je da naređuje, a ne da podučava“. Austrijski građanski zakonik radili su pristalice škole prirodnog prava, afirmišući u paragrafu 7. Princip, po kojem, ako se sporno pitanje ne može presuditi ni po slovu ni po duhu zakona, treba ga presuditi po načelima prirodnog prava s obzirom na okolnosti. Najzad, Bogišićev metod, koji počiva na domaćem običajnom pravu i pravnim tekovinama uporednog prava. I poruka kodifikatorima da se čuvaju obe krajnosti; onih koji žele sve normirati (prenormiranosti) i onih koji misle da je dovoljno postaviti samo načela (podnormiranosti). Ujedno je bolje isključiti, izostaviti, suvišna pravila. Huber, glavni redaktor Švajcarske kodifikacijemada je polazio od metoda kompilacije (kantonalnog zakonodavstva, njemačkog prava i Francuskog građanskog zakonika, u građi je nalazio inspiraciju, a nije se zadovoljio prostom kompilacijom.

dokazivanjem nacionalnog značaja ili dostignutog stepena razvoja pravne nauke i kulture prava, nego je uslovljena materijalnim, stvarnim, ekonomskim imperativima. U tom kontekstu nezaobilazno je nastojanje Kopaoničke škole prirodnog prava i njenog osnivača, prof. dr Slobodana Perovića, da se državnim organima Republike Srbije obrazloženo i uspješno predloži formiranje Komisije za izradu Građanskog zakonika koja je svoj rad uspješno privela kraju.³⁶ Šarolikost propisa unutar jedne zemlje negativno se odražava na položaj pravnih subjekata, a takvo isto dejstvo ima i u situaciji kada se zemlje članice EU, odnosno njeni građani i privredni subjekti, nađu u raznovrsnih odnosima na tržištu i u drugim pravnim odnosima i situacijama. Tada nam se čini da harmonizacija domaćeg prava sa evropskim ima smisla, jer je međunarodna povezanost i međuzavisnost imperativ vremena. A građansko-pravni odnosi prate čovječije bitisanje od rođenja do smrti, oni ga uređuju i štite.

Pojedini autori upozoravaju na poljuljano povjerenje građana u pravo, na nizak stepen razvoja pravne kulture, na uvriježeno ponašanje kako nije nečasno niti nedozvoljeno da se izigra i prevari država, na šumu propisa u kojoj se ni najvještiji profesionalci ne snalaze, na neminovno postojanje pravnih praznina, na derogiranje osnovnih zakona tzv. posebnim zakonima kojima se oni zaobilaze i drugačije uređuju nego što je osnovnim propisom uređeno. Propisi *lex specialis* služili su zaobilaženju zakona a ne popunjavanju praznina i dopunjavanju propisa. Sve to onemogućava efikasnu pravnu zaštitu i onih koji su sto posto u pravu, što dovodi do gubitka povjerenja u pravo, pravni sistem, pravni poredak i pravičnost do neizdržljivih granica.

U razmatranju istorijsko-pravne perspektive pomenuli smo razorno dejstvo nadnacionalnih državno-pravnih tvorevina na zatečene nacionalne države kakva je bila Srbija prije stvaranja Jugoslavije. Sada, kada je stekla traumatičnu i fragmentiranu nezavisnost i samostalnost, aktuelizacija procesa izgradnje nacionalne kodifikacije građanskog prava neminovno se sukobljava sa isto toliko aktuelnom suprotnom tendencijom stvaranja nadnacionalnog, evropskog, građanskog zakonika, koji bi za posljedicu neminovno imao deregulaciju nacionalnih prava.³⁷ Bilo kako bilo i kakva je perspektiva kodifikacije građanskog prava na nivou EU, za Srbiju je, iz istorijskog iskustva gledano, poželjno da u nadnacionalnu zajednicu uđe sa svojim građanskim zakonikom i da dijeli sudbinu svih država koje ga imaju nego da se bez ičega svoga nađe u novom okruženju.

³⁶ Građanski zakonik Republike Srbije-Radni tekst-Pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim predlozima, Beograd, 29. maja 2015. godine.

³⁷ Vidi: Radmila Kovačević-Kuštrimović, Uvodno izlaganje, op. cit., str. 26.

NORMATIVNO PRAVNI RAZLOZI

Argumenti u prilog donošenja jedinstvenog građanskog zakonika u Republici Srbiji su u sistematici i sadržini Nacrta Građanskog zakonika. Kako smo u dijelu o istorijskim činjenicama naveli da je možda propuštena prilika da se abrogirani Građanski zakonik za Kneževinu Srbiju iz 1844. postavi na pravnu snagu, tako mislimo da je sadašnji Nacrt zasnovan na tekovinama građansko-pravne teorije i fragmentiranih kodifikacija građansko-pravnih odnosa, presložen i sistematski i sadržajno kako bi se dobio jedinstveni, sređen i organski usklađen propis. Prihvaćena je pandektna sistematika, petodjelna podjela na opšti dio i posebne dijelove (stvarno, obligaciono, nasljedno i porodično pravo). Komparativno bi se moglo govoriti da se uzor uvođenja opšteg dijela nalazi u Njemačkom građanskom zakoniku koji se objašnjava prevalirajućim uticajem profesora prava u izradi kodifikacije. Izlaganje materije građanskog prava u udžbenicima i kurikulumima odgovara sadašnjoj sistematici Nacrta građanskog zakonika, čime se postiže logička organizacija sistema.³⁸ Kako se ističe u Obrazloženju, stvoreni su svi neophodni preduslovi u oblasti građansko-pravnih odnosa, razvijena je sudska praksa i pravna teorija, za izvođenje kodifikatorskog poduhvata.³⁹ Komisija je postavila zadatak da analizira postojeće stanje građanskog zakonodavstva, da ga osavremeni i dogradi i izvrši unutrašnje i vanjsko usklađivanje, sa međunarodnim pravom, posebno pravnom tekovinom EU i projektima Građanskog zakonika EU.⁴⁰

Građanski zakonik je podijeljen u pet cjelina: Opšti dio, Obligacioni odnosi, Stvarno pravo, Porodični odnosi i Nasljeđivanje.

Opšti dio je obuhvatio odredbe načelnog, opšteg, odnosno zajedničkog značaja za sve ostale dijelove građanskog zakonika. Osnovni cilj Građanskog zakonika je ostvarenje vrline pravde, a osnovno načelo je načelo savjesnosti i poštenja. Načelo savjesnosti i poštenja propisano je imperativno, tako da se "dužnost poštovanja načela savjesnosti i poštenja ne može ni isključiti ni ograničiti." Ono dobija univerzalni značaj, postaje opšte načelo građanskog prava, u svim njegovim dijelovima. Pored toga, propisane su i načelne odredbe o jednakosti ljudskih prava, autonomiji volje, ravnopravnosti subjekata, pažljivosti u postupanju i pažljivosti prema čovjekovoj okolini, zabrani prouzrokovanja štete, tumačenju zakona, analogiji u tumačenju propisa, pravičnosti kao izvoru prava, zabrani zloupotrebe prava. Sve su ove odredbe već sadržane u Zakonu o obligacionim odnosima, mada su sada dobile najšire polje primjene u svim građansko-pravnim odnosi-

³⁸ Ibid., 27.

³⁹ Obrazloženje, str. 682.

⁴⁰ Ibid.

ma. Slijede odredbe Opšteg dijela o subjektima, subjektivnim pravima, imovini, pravnim poslovima, zastupanju subjekata, objektima i pravnom značaju vremena u građansko-pravnim odnosima. Time je usklađeno i ostvareno ono što se isticalo kao pravno-teorijski ali i prosvjetno-pedagoški razlozi. Pravna literatura namijenjena studiju građanskog prava oduvijek je sadržavala i opšti dio ili ga je interpretirala kroz uvod u građansko pravo.⁴¹

Osnovna ideja, koja se imperativno nameće, jeste afirmacija prava na dostojanstvo kao osnovnog subjektivnog prava. Iz prava na dostojanstvo proizlaze sva ostala prava ličnosti, koja su urođena i neotuđiva. Kao takva moraju imati posebnu pravnu zaštitu kao i preventivne mjere koje bi predupredile njihovo povređivanje. Prava ličnosti se taksativno ne nabrajaju, nego su otvorena za priznavanje u skladu s potrebama života.⁴² Povreda prava ličnosti, ma u kojem vidu, zapravo je povreda cjelokupnog čovjekovog dostojanstva. Poštovanje i zaštita pojedinih prava i sloboda može se izjednačiti sa uvažavanjem ljudskog dostojanstva. Onaj ko poštuje katalog prava drugoga poštuje tada i njegovo ljudsko dostojanstvo. Povreda jednog prava ili slobode ujedno je napad na dostojanstvo čovjeka. Jer, sve su to zaštićena ljudska prava.

U literaturi se ističu mnoge prednosti kodifikacije koja sadrži opšti dio, jer je tada odraz pravno-filozofskih osnova na kojima takva kodifikacija počiva, na njenim osnovnim principima i temeljnim institutima bez kojih je cjelovitost građanskog prava nesigurna i neobezbjedena. Opšti dio postavlja okvir i granice preko kojih se ne može više ništa oduzeti niti se mogu neki ideološki prodori vršiti kako bi se građansko pravo oblikovalo na neprirodan i neorganski način. Građansko pravo je podložno osnovnim principima i na unutrašnjem ali i na međunarodnom planu kako je to i kod pokušaja kodifikovanja Evropskog građanskog prava.⁴³

Obligacioni odnosi, koji su se najviše afirmisali kroz primjenu Zakon o obligacionim odnosima iz 1978., djelimično reformisanog 1993. godine, pretrpili su dodatna poboljšanja teksta, kroz podvalačenje pravnog dejstva ugovora kao zakona za stranke odnosno ugovorne strane, a posebno je pojačana ugovorna disciplina kod dvostranih ugovora kroz obavezu poštovanja načela jednake vrijednosti uzajamnih davanja, te odredbe o raskidu ugovora zbog neispunjenja uvođenjem modernog instituta "bitnih povreda ugovora", instituta promijenjenih okolnosti i

⁴¹ Lazar Marković, *Građansko pravo, Opšti deo i stvarno pravo*, Beograd, 1927; Andrija Gams, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1974; Vojislav Spaić, *Osnovi građanskog prava, Opšti dio*, Sarajevo, 1957, Stanković-Vodinelić, *Uvod u Građansko pravo*, Beograd, 2007.

⁴² Obrazloženje, op. cit., str. 705.

⁴³ Vidi: Radmila Kovačević-Kuštrimović, *Uvodno izlaganje*, op. cit., str. 29.

prekomjernog oštećenja, zelenaškog ugovora i opštih uslova ugovaranja. Popunjene su pravne praznine kod odgovornosti za prouzrokovanu štetu, štete od životinja i građevina, utvrđen je standard krivice, primijenjen je kod profesionalne odgovornosti; utvrđivanje visine naknade štete i po pravičnosti, te je priznata nematerijalna šteta pravnim licima zbog povrede poslovnog ugleda.⁴⁴ Propisana je naknada nematerijalne štete zbog povrede prava ličnosti, restitucija u slučaju nemoralno ili nezakonito primljenog. Popunjene su praznine u posebnom dijelu o ugovorima.⁴⁵

Stvarno pravo je postulirano oko prava svojine (sticanja, prestanka i zaštite); prava svojine više lica: susvojine, zajedničke i etažne svojine; susjedska prava i zakonskog prava preče kupovine, službenosti, prava građenja, registrovane zaloge na pokretnim stvarima i hipoteke na nekretninama te državine i prava stranaca.⁴⁶

Porodični odnosi su u Nacrtu regulisani kako bi se uhvatio korak sa razvojem biomedicine i održao dignitet usklađen sa bio-etikom.

Nasljeđivanje je dio koji baštini provjerena rješenja iz prvog reformskog zakona u materiji građanskog prava donijetog 1996. godine (mada je parcijalno reformisano i obligaciono pravo 1993. godine). Pored zakonskog i testamentarnog uvedeno je i ugovorno nasljeđivanje.⁴⁷

U nomotehničkom smislu Prednacrt sadrži 2.800 članova i 480 alternativnih prijedloga, a redaktori ističu da ovaj obim odgovara evropskom komparativnom standardu kodifikacija građanskog prava u dvadesetom i dvadeset i prvom vijeku.⁴⁸

ZAKLJUČAK

Kako smo naveli, postoje opravdani razlozi da se u Republici Srbiji dovrši projekt izrade i donošenja Građanskog zakonika. Stekli su se svi potrebni uslovi, od ustavne nadležnosti Republike Srbije da uređuje građansko-pravne odnose, preko postojanja političke volje koja je prihvatila sve inicijative i zaključke Kopaničke škole prirodnog prava, te do entuzijazma, zalaganja i znanja glavnog redaktora, prof. dr Slobodana Perovića i izvanrednih članova Komisije koji su se pokazali dostojnim kodifikatorske tradicije izdigavši se na pleća prethodnika i u zadatim okvirima izvršivši savjesno i uspješno postavljeni zadatak. Ovdje ne treba

⁴⁴ Iz Obrazloženja, str. 688.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid., 690.

⁴⁷ Ibid., 692.

⁴⁸ Ibid., 707.

ne spomenuti prof. dr Mihaila Konstantinovića, kao kreatora čitavog niza zakona koji su, u osavremenjenom obliku, uvršteni u Nacrt Građanskog zakonika, te dostojne nastavljače njegovog kodifikatorskog rada, profesore Slobodana Perovića i Miodraga Orlića, Olivera Antića, Dragora Hibera, Olgu Cvejić Jančić i ostale članove komisije iz Srbije i inostranstva.

Stekle su se sve povoljne okolnosti da se ovaj poduhvat o kojem su nedosanjano težile generacije pravnika civilista na balkanskom jugu konačno oživotvori. Time se zatvorilo jedno poglavlje pravne šarolikosti i parcijalnih rješenja podložnih neprimjetnim i neočekivanim izmjenama čime je ugrožavana pravna sigurnost i narušavana koherentnost građansko-pravnog sistema normi. Ovo će biti veliki signal da je tako nešto veliko i uspješno moguće postići u zadatom kratkom roku i mogući početak recepcije u drugim zemljama bivše Jugoslavije.

Kao što je poznato, u Bosni i Hercegovini su, prema Zakonu o nevažnosti...primjenjivana u sudskoj praksi pravna pravila Austrijskog građanskog zakonika, na koja se sudovi nisu pozivali kao na normu, već su se njima koristili kao pravnim pravilima. Kao što je poznato A.g.z. je poslužio je kao uzor za pripremanje S.g.z. od strane redaktora Jovana Hadžića. Otuda ni Bosna i Hercegovina, u post-dejstonskim okvirima, nije bez tradicije u primjeni Građanskog zakonika. Tu posebno mislimo na zakonodavni razvoj u Republici Srpskoj, koji bi trebao, s obzirom na specijalne paralelne odnose između Republike Srbije i Republike Srpske, koji su ustavna obaveza i ovlaštenje, da za svoj zakonodavni metod izabere recepciju Građanskog zakonika Republike Srbije. Republika Srbija će donošenjem Građanskog zakonika dobiti model-zakon koji može poslužiti kao po-desna materijal za recepciju u zemljama Regiona.

BRANKO MORAIT, LL.D.,
Professor, Faculty of Law University of Banja Luka

CIVIL CODE AS A SOCIAL IMPERATIVE

Summary

Does the adoption of the Civil Code, a social imperative Serbia of the 21st century? To get a complete answer we will try to answer questions: which are historical reasons, the legal and comparative legal reasons, reasons of legal certainty and the establishment of the rule of law and the reasons for the regional commitment to the Civil Code a social imperative Serbia at the beginning of XXI century. The Republic of Serbia will be the adoption of the Civil Code to get the model-law which can serve as a suitable material for the reception in the regional countries.

RADOMIR PRELEVIĆ

BOGIŠIĆEVA NAČELA ZA KODIFIKACIJU GRAĐANSKOG PRAVA*

U V O D

O svom radu na kodifikaciji građanskog prava u Knjaževini Crnoj Gori dr Valtazar Bogišić ostavio je znatan broj zapisa. Najčešće su to članci, studije i predavanja, ali i brojni izvještaji koje je podnosio crnogorskom suverenu, kao i korespondencija sa širokim krugom ličnosti iz političkog i pravnog života Evrope. Među ovim zapisima posebno se ističe jedan obični rukopis koji se čuva u Bogišićevom naučnom arhivu u Cavtatu u kutiji broj XIII 8. Tom radu sam Bogišić nije dao naslov¹, ali jeste pojedinim poglavljima; između uvodne rasprave pod nazivom "*Pristup*", završne pod naslovom "*Kraj*", ta poglavlja nose sledeće nazive: I Podjela i sadržaj Zakonika, II Vanjske granice, III Unutarnje granice, IV Zakonik prema običaju, V Raspored naređenja u Zakoniku, VI Jezik i slog, VII Imovinski

Dr Radomir Prelević, advokat u Podgorici.

* "Što se mene tiče, ja sam više sklon da priznam jedan jedini izvor prava, a to je taj izvor quod natura, iako ne omnia animalia, ali barem omnes homines ducit, ili to što veliki njemački pjesnik nazivlje pravo koje se ujedno s nama rodilo, tj. pravda i pravica" (dr Valtazar Bogišić)

¹ Vladimir Mošin je u svom popisu naučne građe u Bogišićevom naučnom arhivu u Cavtatu, objavljenom u Ljetopisu Jugoslovenske akademije, knjiga 59, Zagreb, 1954, ovom radu dao naslov: *Imovinski zakonik prema drugim izvorima prava*. Dr Tomica Nikčević je, međutim, ovom radu dao naslov: *Metodologija i sistem kodifikacije imovinskog prava u Crnoj Gori*, SANU, knjiga CDIX, Beograd, 1967.

zakonik prema drugim izvorima prava. Tu su zastupljena određena gledišta i stavovi metodološkog karaktera koji omogućavaju identifikaciju važnijih načela kojih se Bogišić držao pri izradi Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru od 1888. godine, a koja će biti prikazana u ovom radu.

Bogišić nije datirao rad, ali se iz nekih opaski u tekstu može zaključiti da je nastao nekoliko godina prije usvajanja zakonika.

Društvene prilike i pravna tradicija

U Crnu Goru Bogišić je prvi put došao u proljeće 1873.godine i odmah je pristupio proučavanju postojećih društvenih prilika i pravne tradicije. Tako je nastala njegova znamenita "Anketa o pravnim običajima u Crnoj Gori, Hercegovini i Albaniji". To iskustvo mu je bilo neposredni oslonac za formiranje glavnih ideja o budućem Građanskom zakoniku i načinu njegove izrade, budući da je bio duboko svjestan značenja činjenice da je "cijelo poduzeće sastavljanja Zakonika naloženo..ne na kakvu komisiju nego samo na jednog čovjeka".

Jednaki značaj pridavao je upoređenju društvenih prilika i pravne tradicije u Crnoj Gori sa odgovarajućim u ostalim evropskim državama, naročito onima koje su već imale kodekse građanskog prava. U tom procesu naročito je apostrofirao karakteristične specifičnosti Crne Gore koje mogu ostvariti uticaj na kodifikaciju građanskog prava i to:

- i. Vlast u Crnoj Gori je sve do prije dvije decenije bila teokratskog tipa;
- ii. Plemensko uređenje je i dalje dominantno, a njihovi međusobni sukobi su eliminisani tek nedavno, skaženjem nove svjetovne vlasti;
- iii. Međunarodno priznanje nezavisnosti Crne Gore i udvostručenje njene teritorije uslijedili su tek nakon oslobodilačkog rata 1878.godine;
- iv. U ekonomskom pogledu, u Crnoj Gori je postojao samo jedan stalež koji "kad nije bio zabavljen ratom" u cjelini se bavio zemljoradnjom, a tek odnedavno i trgovinom i pomorstvom;
- v. Sve donedavno svi stanovnici Stare Crne Gore bili su jedne vjere i narodnosti;
- vi. Crna Gora je svoj viševjekovni opstanak izvojevala isključivo ratom, što je uslovio njenu potpunu izolaciju od Evrope što je rezultiralo razlikama velikih razmjera u političkom, ekonomskom, društvenom i pravnom razvitku;
- vii. Rimsko pravo, kao ni kanonsko pravo u slučaju Crne Gore nije predstavljalo faktor njenog zbližavanja sa ostalim Evropskim državama u pogledu razvoja pravnog sistema;

viii. Potpuno odsustvo pisanoga prava, a običaj je jedini regulator pravnoga života, i to običaji koji ni zapisani nijesu;

ix. Sudije dobro znaju pravila običaja i “*prilično vješto sude na temelju tih pravila*”, ali nijesu pravni stručnjaci, niti u zemlji ima školovanih pravnika.

Načela

Imajući u vidu navedene karakteristike društvenih i pravnih prilika u Crnoj Gori u odnosu na druge zemlje koje su kodifikovale građansko pravo, Bogišić je utvrdio načela za vlastiti rad na kodifikaciji građanskog prava u Crnoj Gori. Naglašava da načela treba da obezbijede oživotvorenje glavne namjere zakonodavca o osobinama Zakonika, kao i o cilju koji želi da postigne njegovim donošenjem. Načela su izvedena iz njegovog razumjevanja ekonomskog i društvenog života zemlje, glavnih potreba države, narodnih pojmova o pravdi, kao i potrebama države za stupanje u međunarodno pravne odnose. Zapisao je ukupno osam takvih načela:

i. Prvo načelo govori o tome da “temelj Zakonika treba da su pravne uredbe i njihova pravila koja se nalaze u saobraćajnome životu, umu i predaji naroda”.

Pritom, neće imati uticaja činjenica što je to pravilo sasvim autohtono i nepoznato u uporednom pravu, odnosno drugim kodifikacijama. Izuzeci su mogući u onim slučajevima kad se na osnovu svestranog proučavanja zaključi da bi unošenje nekog običajnog pravila u Zakonik bilo “izlišno ili štetno, ili inače nezgodno”. Na isti način bi se postupalo ako treba pristupiti “preinaci i izmjeni” postojećeg pravnog običaja, tj. pravnih uredbi i njihovih pravila².

Bogišić je, inače, koristio svaku priliku da upozori na potrebu skrupuloznosti zakonodavca, pored ostaloga, “zato što nije sve za kodifikaciju i za zakon”, pa ma koliko zakonodavac silan i moćan bio, pa će prevagnuti dotadašnji običaj. Ističe, naime, da “pravni običaj koji izbije na površje iz narodnoga života može oteći mah i protiv svakoga pisanoga pravila. Takome prirodnim načinom pojavivšemu se pravilu uzalud svako papirno protivljenje. Ono može, ako je pravilo običaja utemeljeno na pravdi, ne samo pobijediti u pojedinim slučajevima nego će uprav ukinuti zakon”. Ovo ilustruje Horacijevom sentencom – *Naturam expellas furca tamen usque recurret* = Priroda, ako je i vilama tjeraš, ona će se opet vratiti.

Dakle, zakonodavac nema apsolutno nikakve moćnosti da spriječi da zakon koji nije u saglasnosti sa životnim potrebama, ne bude derogiran običajem

² Za pojam *pravilo* Bogišić upućuje na Paulusa (Digesta, 50.17.1): *Regula est, quae rem quae est breviter enarrat: non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat* (Pravno pravilo je ono što određenu stvar ukratko izlaže, ali to ne znači da iz pravila treba izvoditi pravo, nego da pravilo nastaje iz prava koje postoji).

zasnovanim na pravdi i pravici. Za ovo navodi primjer crnogorskih sudija koji su gotovo čitav Zakon Knjaza Danila od 1855. godine “*zabacili i preinačili*” primjenom dobrih običaja koji su u saglasju s pravdom. Pritom, navodi, iste te sudije poštuju zakon i zakonodavca, tako da “vlast zemaljska nije našla time uniženo svoje dostojanstvo, jer se tome postupku sudaca nikada nije protivila”. Uz ovo dodaje da u Crnoj Gori “bez sline potrebe sudija nikako neće odstupiti od zakonskog naređenja”, te da je bio začuđen kad ni u jednom sudu kao ni u Senatu nije našao nijedan primjerak Zakonika Knjaza Danila od 1855. godine, pa se uvjerio da se primjenjuju samo nekoliko njegovih članova “a sve ostalo je bilo praktikom izmijenjeno ili izašlo iz upotrebe, iako formalno nije bio ukinut, da čak ni oni senatori koji su inače taj Zakonik znali napamet, pa ni sam Knjaz Crne Gore “ne mogahu da pojme da je time povrijeđen autoritet zakonodavčeve volje, jer uprav njegova volja i jest da bi pravda bila nepovrijeđena na svaki slučaj, pa ma kojim se načinom ta cijelj postigla, baš i zanemarenjem hitno i rđavo sastavljenog zakona”.

Uz to Bogišić je mišljenja da je “*u sastavljanju građanskih zakona i zakonika nešto slično sa narodnim epskim pjesmama - biva vrijeme za rapsodije, a vrijeme takođe biva i za ujedinjeni epos*”.

ii. Drugo načelo govori o tome da se pored postojećih pravnih običaja, u Zakonik neće unositi nova pravila, osim ako se pokaže da “*saobraćajni život ili druga opšta korist to iziskuje*”.

Ovo svoje načelo Bogišić je realizovao tako što, prvo, Zakoniku nije dao naziv “*Građanski*” već “*Imovinski*”, i, drugo, što u Zakonik nije unio Porodično pravo i Nasledno pravo.

On je, naime, visoko cijeneći Savinjićevo gledište, bio uvjeren da u građanski kodeks ne spadaju porodično pravo, kao ni nasledno pravo, zato što nijesu opšteg nego posebnog karaktera, slično kao što su trgovačko, rudno ili morsko pravo. Naglašava: “*Imovinsko (pravo) dolazi svaki čas, nasljedno jedanput u životu*”.

U odjeljku *Vanjske granice* Bogišić ima obimnu raspravu kojom pledira za isključenje porodičnog i naslednog prava uz građanskog kodeksa, što je u svom Zakoniku i učinio, kao i za to da umjesto “*građanski*” zakonik treba da se zove “*imovinski*”, kako je, takođe, i postupio³. U odjeljku *Podjela sadržaja Zakonika* on visoko ističe svoju zaslugu što “*je imao kuraži da neke časti izvrže*” iz zakonika, tj. da izostavi Porodično pravo i Nasledno pravo, kao i što je tradicionalni naziv *Građansko pravo* zamijenio nazivom *Imovinsko pravo*.

³ Protiv upotrebe naziva *Građanski*, Bogišić ističe: “Potreba je (da se koristi naziv *Građanski*) može biti za naučnu tradiciju da se uzdrži taj elastični naučni pojam, ali neka ga u učenim knjigama - radšta š njim u narod?...Što se Crne Gore tiče, gdje se Nikšići zovu u narodu *građani*, kad bismo poprimili taj naziv narod bi prije pomislio da je to zakonik nikšićki nego li bi mu ugonetao po tome visokoučenom imenu pravoga sadžaja”.

Ovdje treba navesti da je Bogišić, čak i protivno dotadašnjem običajnom pravu, zakonikom uveo nekoliko novih ustanova kao što je ustanova sudske potvrde (ovjera) i ustanova zastavnih knjiga. Zbog toga što te nove ustanove osnažuju pravni saobraćaj, on smatra da će *“one ući u život i postati isto tako tvrde kao i da su običajem postavljene”* a u protivnom *“život će putem običaja preći preko tih pravila i pravica će ih u formi običaja ukinuti ili zamijeniti”*.

iii. Treće načelo odnosi se na izbjegavanje dualizma u pravu, tj. u Zakoniku: *“Primjena nove stvari u Zakonik treba da se učini načinom kako će se ostati u neprestanoj živoj i neposrednoj uzajamnoj svezi sa narodnim životom i pravilima koja otuda organički potekloše, te se s njima stopiti u jednu cjelinu”*

Jedan od primjera za ovo načelo navodi u odjeljku *“Zakonik prema običaju”* gdje iznosi uvjerenje da pravila običaja treba da se primjenjuju kao *“popuna našega zakonika”*. U protivnom, kaže da se ne bi nikako mogla izbjeći pojava dualizma u pravu. Dobar primjer za navedeno nalazi u paragrafu 10. Zakonika građanskog za Knjaževstvo Srbsko od 1844. godine: *“I Građanski zakon Srbije koji je inače slijedio austrijski u svome paragrafu 10. posve se od njega odalečio, te iako s nekim odgovorkama priznade izrečno pravila običaja kao izvor koji dopunja zakon”*.⁴

iv. Sledeće načelo odnosi se na primjenu zakonika: *“Naređenja zakonika koja se tiču pojedinih bilo novih bilo starih uredaba treba da su tako da se mogu bez velika napora vršiti ljudima i oruđijem kojima zemlja može raspolagati”*.

Iako je zatekao zemlju u kojoj gotovo da nije bilo pisanog prava, u kojoj nije bilo školovanih pravnika, stručnih časopisa, Bogišić nije propustio da uoči kvalitete Crnogoraca i njihovoga shvatanja prava kao pravde i pravice, pa konstatuje: *“U Crnoj Gori do sada nije bilo nikakvih tuđih pravnih sistema ni osobite kaste koja se pravom bavila nego je pravo s narodom niknuto i razvito”*.

Jednako kao postojeće pravo, cijenio je narod kome je pripremao prvi građanski zakonik:

“Ko zna sklad uma našega narod znade da pošto on shvati smisao zakona, on mu shvata i cijel, a poslije toga nema poteškoća za primjenu zakona”. Slična ovoj je i njegova misao da u Crnoj Gori kao i u Srbiji, *“što se našega seljaka tiče, to bi svakako za njega uvrjeda bila kad bi ga mi uporedili sa seljakom Zapadne Jevrope poniženim i dugovječnim ropstvom i drugim nevoljnim prilikama. Naš je seljak rođen aristokrat među seljacima...i mnoge istoričke osobe svak znade da su proizašli iz zemljoradnoga naroda”*.

⁴ Paragraf 10. Zakonika građanskog za Knjaževstvo Srbsko: *“Ako bi se slučaj kakovi na Sudu pojavio, za koji naročitog zakonskog propisa ne bi bilo; onda će se isti po opštim u ovom Zakoniku postavljenim osnovama, ili opštepoznatom dosadašnjem običaju razumno i savjesno rješavati, nikako ne ispuštajući iz vida zakonske propise za podobne slučaje”*.

Eto, vidimo da je Bogišić imao povjerenja da “*ljudi i oruđija*” kojima zemlja raspolaze idu u prilog nadi u valjanu primjenu zakonika.

v. Peto načelo zahtijeva od zakonskih normi kvalitet koji omogućava spontano prihvatanje, odnosno primjenu. U njemu se ističe da pravne norme treba da budu takve da ne izazivaju “*otpor i neposluh*”, već, naprotiv, da uđu “*u narodni život samim svojstvima unutarnjima, a ne spoljašnjom prinudom*”.

Bogišić je smatrao da je najvažniji uslov za ostvarenje ovoga načela recepcija prava koje je u zemlji već bilo u primjeni, pa ističe: “*Pri sastavljanju Zakonika ja se starah koliko više mogah da to bude u saglasiju s narodnim običajima i pojmovima o pravdi*”.

vi. Šesto načelo odnosi se na razumljivost Zakonika: “*treba da mu je (Zakoniku) opšti sadržaj tako jasno određen, predmeti razrađeni tokom, jezikom i slogom izložen da bude pristupačan ne samo sudijama i drugim stručnim ljudima nego i samome narodu u svojoj cjelini. Na taj način može biti sačuvana prostota poslovnog života, kojoj ne može ništa protivnije biti koliko komplikacije, prazno školsko znanje, suviše formalnosti i miješanje vlasti*”.

Za osobito staranje o jasnoći i samoj razumljivosti zakona, Bogišić je našao i jedan posebni razlog u činjenici što je u Crnoj Gori gotovo cijeli narod zemljoradnik, pa stoga “*ako učinimo nedostupne narodnome razumu pisane zakone i tim ga pritupimo*” nema drugih načina i sredstava da se takva šteta nadoknadi. U tom pogledu posebno je držao do jezika i stila, po čemu je njegovo životno djelo-Opšti imovinski zakonik i danas prepoznatljiv. Za jezik kaže da se držao koliko je najviše mogao “*narečja hercegovačko-crnogorskog*” uz puno uvažavanje opšteg književnog srpskog jezika. Za staroslovenski jezik kaže da je uzeo samo nekoliko riječi “*koje nemasmo inače*”, a poznato je da je stvarao i nove riječi u duhu narodnog jezika, a preveo je samo dvije riječi tj. stručna izraza. U pogledu stila slijedio je zahtjev kratkoće, a gdje to nije bilo moguće “*mi se ne ustručavamo amplifikacije, ali i to samo do nužnih granica*”.

vii. Sledeće načelo usmjereno je na međunarodno pravni značaj Zakonika: “*Pošto je neophodno imati obzir i na saobraćaj sa inostranstvom, treba da Zakonik bude takav da bi mogao postati kao sveza među Crnom Gorom i drugim državama, tako da može dati inostrancu pojam o zakonskim uredbama Crne Gore, kao i Crnogorcu mogućnost da se upozna sa opštim oblicima i pravilima prava drugih zemalja*”.

Ovu misao nalazimo u odjeljku “*Podjela sadržaja zakonika*” gdje stoji da bi Crnogorski zakonik trebalo da pomogne Crnogorcima da steknu pojam o sličnim zakonima “*u ostalom obrazovanom svijetu*”, kao i da spoljni svijet preko ovog zakonika može da se bolje upozna s pravnim poretком Crne Gore. On tu opominje i sebe da mu se u “*tako ogromnu poslu valja obratiti na one djelove svijeta...koji*

su već mnogo radili na polju koje nas interesuje, te su zato i mnogo iskustva prikupili”.

viii. Poslednje Bogišićevo načelo pred novim građanskim kodeksom postavlja obavezu da bude temelj daljeg razvoja prava: “Što se tiče daljega razvitka pravnoga života, Zakonik treba, umjesto da služi zaprekom, kao što obično biva, k pojavljenu novih pravila prava pisanih i nepisanih, biti taki da postane temeljem pravilnog njegova razvitka u svim svojim granama i oblicima”

Ovdje kao da imamo posla sa proročanstvom! Jer, ne samo da je Opšti imovinski zakonik bio temelj i uzor za razvoj zakonodavstva i prava uopšte u Knjaževini, docnije Kraljevini Crnoj Gori, već je u istoj misiji sve do danas Bogišićev Zakonik bio inspiracija ako ne za sastavljanje Predosnove građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju od 1934.godine, a ono za djelotvornu kritiku njenu, koju iznesoše najeminentniji pravnici toga doba. Bogišićev Zakonik umnogome je inspirisao profesora Mihaila Konstatinovića kod izrade Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima od 1969.godine, a umnogome se isto može reći za “*sastavioce*” savremene kodifikacije građanskog prava Republike Srbije. Na taj način obistinilo se i Bogišićevo uvjerenje da će njegova načela za kodifikaciju građanskog prava doprinijeti da “*njegov posao bude doista koristan, a ne samo prividno*”.

ZAKLJUČAK

Dr Valtazar Bogišić je u pravnoj nauci veoma poznato ime, najviše po izradi Opšteg imovinskog zakonika za Knjaževinu Crnu Goru od 1888.godine. Iako je od početka do kraja bio sam u tom poslu, što je jedinstven primjer u najširim razmjerama, i uprkos činjenici što nije dobio nikakva detaljnija uputstva za izradu Zakonika, on nikada nije pokazao malodušnost, već naprotiv, o svom radu ostavio je zapise koji i danas mogu služiti za uzor.

Jedan od tih zapisa su i njegova Načela za kodifikaciju građanskog prava u Crnoj Gori, koja smo predstavili u ovom radu. Ona nemaju ambiciju da važe za svaku kodifikaciju građanskog prava nezavisno od prostora i vremena, već se odnose samo na jednu jedinu - onu crnogorsku i važe samo za jednog redaktora kodeksa tj. za dr Valtazara Bogišića.

Iako se radi o tekstu pisanom prije sto trideset godina, načela nijesu izgubila ništa od svoje aktuelnosti i mudrosti kojom zrače u budućnost.

RADOMIR PRELEVIĆ, LL.D.,
Lawyer, Podgorica.

BOGISIC'S PRINCIPLES FOR CODIFICATION OF CIVIL LAW
IN MONTENEGRO?

Summary

In legal sciences Dr. Valtazar Bogisic is a renowned name, primarily for his General Property Code of the Principality of Montenegro, issued in 1888. Even though the Code was a task completed solely and exclusively by Bogisic, which makes a widely unique instance, and in spite that fact that he was not provided with instructions for the preparation of the Code, Bogisic never showed despond: on the contrary, the notes Bogisic left behind are even today exemplary.

Among such marvellous notes are Bogisic's Principles for Codification of Civil Law in Montenegro, elaborated in this paper. The Principles may not apply to each and every codification of civil law independent from the space and time, but do apply to the Montenegrin codification, and belong to one only editor: Dr. Valtazar Bogisic.

Despite the fact the Principles were written 130 years ago, they are still evenly modern and bear a wisdom shading light onto the future.

JOŽEF SALMA

O PRVOM POTPUNOM NORMATIVNOM NACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

Ovaj rad je skraćena i adaptirana verzija opsežnog rada autora objavljenog u naučnom i stručnom časopisu Ministarstva Pravde Mađarske, *Fontes Iuris*.¹ Glavni urednik, prof. dr. Trócsányi László, Ministar Pravosuđa Republike Mađarske, me je zamolio da taj članak napišem. Rad je dakle posvećen prvom normativnom tekstu Građanskog zakonika Republike Srbije od 2015. godine.² Zahvaljujući predsedniku Kodifikacione Komisije, akademiku Slobodanu Peroviću imao sam priliku da tekst novog Nacrta GZ RS dobijem blagovremeno.

Prof. dr Jožef Salma/József Szalma, akademik (Beograd), Dr. Hc (Miskolc), DSC (MTA – Mađarska Akademija nauka), redovni član VANU, Novi Sad, redovni profesor na doktorskom kursu Pravnog fakulteta Univerziteta Károli Gáspár u Budimpešti, član međunarodne istraživačke grupe za razvoj privatnog prava u zemljama srednje i istočne Evrope na Pravnom fakultetu Univerziteta u Beču.

¹ Szalma József, A szerb Ptk. 2015. évi normatív tervezetéről (O prvom normativnom tekstu Građanskog zakonika Republike Srbije), *Fontes Iuris*, Az Igazságügyminisztérium szakmai folyóirata (Stručni časopis Ministarstva pravde Mađarske), Budapest, 2. évfolyam, 1. szám (druga godina izdanja, br. 1), str. 34-43.

² V. Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu građanskog zakonika, Građanski zakonik Republike Srbije, Radni tekst pripremljen za javnu raspravu, sa alternativnim predlozima, Beograd, od 29. maja 2015, str. 681. Sa obarazloženjem Predsednika Kodifikacione Komisije, akademika Slobodana Perovića, na str. 682-710. Nacrt sadrži 2800 članova.

Nacrt GZ RS je rezultat višegodišnjeg rada zvanično imenovane Komisije za izradu Građanskog Zakonika RS, formirane 2006. godine.³ Članak o ovom značajnom i složenom kodifikacionom poduhvatu, Nacrtu (Građanskog Kodeksa Republike Srbije), motivisan je molbom G.-dina Ministra, da napišem sveobuhvatan tekst. Članak, s jedne strane, sadrži prikaz koncepcije, kodifikacioni postupak, metode kodifikacije,⁴ a s druge strane, strukturu i pojedina normativna rešenja važnijih instituta građanskog prava Nacrta.

U uvodu broja u kome je moj tekst objavljen, Ministar, g-din Trócsányi je posebno napomenuo, "da je rad prof. J. Szalme o Građanskom Zakoniku RS od posebnog interesa, i sa stanovišta postupka izmene i dopune Mađarskog građanskog zakonika od 2013. Naime, nastavlja Trócsányi, autor analizira Nacrt GZ RS ne samo u svetlu uporednog srpsko-mađarskog prava već i u svetlu evropskog civilnog prava, kodifikacione rezultate naših južnih suseda."

Inače, o reformskim zakonima RS, vezanih i za kodifikaciju i pravnu harmonizaciju autor ovog rada je objavio u brojnim radovima u zemlji (Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu⁵), ali i u inostranstvu (Austrija, Nemačka, Češka, Slovenija i Mađarska), u renomiranim naučnim časopisima kao i zbornicima sa međunarodnih naučnih savetovanja. Uvek sa visokim vrednovanjem naučnih doprinosa građanskopravne nauke reformskim tendencijama u RS.⁶ Bliže i potpunije bibliografske odrednice, rado-

³ Naime, Vlada RS je tokom 2006. godine donela Odluku o formiranju Komisije za izradu Građanskog Zakonika RS, objavljenu u Sužbenom Glasniku RS, br. 2006/104, 2006/110, 2009/85.

⁴ V. Razlozi za donošenje Građanskog zakonika Republike Srbije, Komisija za kodifikaciju Građanskog Zakonika Republike Srbije, Knjiga I., Beograd, 2007. Obrazloženje, između ostalog ukazuje na potrebu da se neizostavno i potpuno uzmu u obzir smernice EU, zahtevi tržišnog društva, potreba za harmoničnom simbiozom i skladom autonomnog i zakonskog prava, zahtevi prakse sudova, odnosno interpretativnih rezultata u praktičnoj primeni prava, a posebno rezultate pravne nauke i uporedno pravne doktrine. Obrazloženje ukazuje da se tokom kodifikacije neće vršiti prosta recepcija važećih zakonskih pravnih propisa, već se radi o potrebi njihove aktualizacije, upotpunjavanja i usklađivanja. Što je dobrim delom i učinjeno.

⁵ V. npr., Jožef Salma, Apsolutna i relativna građanskoprava odgovornost za atomske štete, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, LX, 2/2012, str. 56-73.

⁶ József Szalma, Reformtendenzen in der Zivilgesetzgebung Serbiens, in: Hrsg. Rudolf Welter, Privatrechtsentwicklung in Zentral- und Osteuropa, Veröffentlichungen der Forschungsstelle für europäische Rechtsentwicklung und Privatrechtsreform an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2008, 159-183. old.; József Szalma, Der Einfluss des ABGB auf Serbien, in: Berger, E. Hrsg. Österreichs Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), Eine europäische Kodifikation, Bd. 3, Das ABGB ausserhalb Österreichs, Verl. Duncker und Humblot, Berlin, 2010, 399-412. old.; József Szalma, Das ABGB in der Woiwodina, in: Berger, ABGB, Bd. 3, Duncker und Humblot, Berlin, 2010, 399-412. old.; József Szalma, Serbische und kroatische Übersetzungen des ABGB-s, in: Rechtssysteme

va autora ovog rada vezano za kodifikaciju i uporednu kodifikacionu doktrinu, se mogu sagledati u Kartonu naučnih radnika APV (KNR), koju vodi Sekretarijat za nauku APV.

im Donauraum, Hrsg. Ellen Bos, K. Pócsa, Nomos Verlag, Baden-Baden- Budapest, 2014, 98-119. old.; Szalma József, Az ABGB (OÁPtK) továbbélése a Monarchia utódállamaiban (Recepcija Opšteg austrijskog građanskog zakonika u zemljama naslednicama Austro-Ugarske Monarhije), in: Rác L. (szerk.), A német-osztrák jogterület klasszikus magánjogi kodifikációi, Martin Opitz Kiadó, Budapest, 2010, str. 103-108.; József Szalma, Geltung u Bedeutung der Kodifikationen Österreichs, Serbiens, und Montenegros im ehemahligen Jugoslawien, Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte, Wien, br. 1994/4. str. 341-349.; Szalma József, Jugoszlávia magánjogáról (O privatnom pravu Jugoslavije), in: Barzó Tímea, szerk. Polgári jogi kodifikáció és jogharmonizáció, tanulmánykötet, Novotni Alapítvány, Miskolc, 1999, str. 175-192.; Szalma József, Rész- és teljes kodifikációk (volt) Jugoszláviában (Delimične i potpune kodifikacije u bivšoj Jugoslaviji), in: szerk. Bíró György, A magyar magánjog az európai jogfejlődés áramában (Mađarsko privatno pravo u svetlu evropske pravne evolucije), Miskolci Egyetem ÁJK, Jubileumi Konferenciájának kiadványa, Miskolc, 2000, str. 220-254.; Szalma József, Jedinstvo ili dvojstvo građanskog i trgovinskog prava (A polgári és kereskedelmi jog egysége vagy kettőssége), in: Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske Unije - A szerb és a magyar jog harmonizációja az EU jogával - Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union), urednik. Ranko Keča, Novi Sad-Újvidék, Pravni fakultet (Jogtudományi Kar, tematikus tanulmánykötet), Centar za izdavačku delatnost (Jogi Kari Kiadói Központ), Újvidék, Novi Sad, 2013, str. 29-49. Upor.: Szalma József, A polgári és kereskedelmi jog kapcsolata az új magyar Ptk fényében (Veza između građanskog i trgovinskog prava u svetlu novog MGZ), in: Miskolczy Bodnár Péter, Grad-Gyenge Anikó (szerk.), Megújulás a jogi személyek szabályozásában, Károli Gáspár Református Egyetem ÁJK, Budapest, 2014, 34-60. old.; Szalma József, Szerződés-kötési autonómia az európai és a magyar magánjogban (Autonomija volje kod zaključivanja ugovora u evropskom i mađarskom građanskom pravu), Szegedi Egyetem ÁJK, Polgári Jogi Tanszék, bilaterális nemzetközi tudományos tanácskozás konferenciakötete (Zbornik sa bilateralnog naučnog savetovanja u Segedinu između PFNS i PF Segedin), (Újvidéki Egyetem JK - Szegedi Egyetem JK), Szeged, ÁJK, 2005, str. 9-59.; József Szalma, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten nach serbischem Recht, Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Europäische Rechtsentwicklung und Privatrechtsreform an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, Band XI, Manz Verlag, Wien, 2016, str. 175-182.; Jožef Salma Ugovorna odgovornost - u evropskom, uporednom i domaćem pravu, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLV, 1/2011, str. 69-108.; József Szalma, Culpa in contrahendo, unter besondere Berücksichtigung der Doktrin und Rechtsprechung in Serbien, in: Welser (Hrsg) Haftung aus Verschulden beim Vertragsabschluss in Zentral- und Osteuropa, Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Europäische Rechtsentwicklung und Privatrechtsreform an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2012, str. 167-208; Jožef Salma, Odgovornost za štetu nesavesnim vođenjem pregovora, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLIV, 3/2010, str. 53-78; Jožef Salma, Građanskopravni i trgovinski ugovori, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLIV, 2/2010, str. 53-78; József Szalma, Einfluss der deutschen Willens- und Erklärungstheorie auf europäische zivilrechtliche Kodifikationen und Theorie über Willensgeschäfte mit besonderer Berücksichtigung des serbischen Privatrechts, Journal on European History of Law, STS Science Centre, The European Society for History of Law, Vol 7/2016, No. 1. str. 146-155 i dr.

*Kodifikacioni postupak, ciljevi i metod, odnos kodeksnog
i vankodeksnog zakonodavstva*

U navedenom radu je istaknuto, da je rekodifikacija građanskog prava u Republici Srbiji započeta 2007. godine, sa ciljem da se obuhvate, poput potpunog kodeksa, svi delovi građanskog prava, tj. opšti deo, obligaciono, stvarno, porodično i nasledno pravo. Time se udovoljilo zahtevima kodifikacione doktrine, koja pod kodifikacijom, kodeksom podrazumeva regulisanje *cele grane prava*. Kodeks se razlikuje od "običnih" zakona po tome što potonji obuhvataju samo *deo grane prava*, npr. samo porodično ili samo nasledno pravo ili samo materiju zemljišnih knjiga.

Po sebi se razume da kodeks ne može i ne treba da obuhvati u svim detaljima, regulisanu materiju. Moderna kodifikaciona teorija sugerise da u kodeks treba uključiti samo *izgrađene i stabilne institute* date grane prava, a onaj deo koji je podložan promenama, treba prepustiti vankodeksnom zakonodavstvu, tj. *posebnim zakonima*. Na ovaj način se obezbeđuje stabilnost zakona (koja je u građanskom zakonodavstvu, budući da ono uređuje fundamentalne pravne odnose, kao što su lica stvari, brak, itd.), tako da po mogućstvu, posle donošenja, ne bude podložna izmenama. Česte izmene bi ugrozile pravnu sigurnost, toliko važnu u građanskopravnim odnosima. Otuda, izrada kodeksa zahteva duži vremenski interval, da bi se pronašla i konsolidovala najbolja rešenja. Uporedno pravo je jedan od važnih puteva da se isti institut sagleda u svetlu rešenja inostranih kodeksa.

Na čelu kodifikacione komisije je imenovan akademik Slobodan Perović, uz zaduženja članova komisije po pojedinim oblastima građanskog prava, istaknutih naučnika i stručnjaka, specijalista za pojedine oblasti građanskog prava.

U Konceptiji Kodifikacione Komisije je prihvaćen *metod inkorporacije (recepcije)*, tj. uključivanje u međuvremenu reformisanih partikularnih zakona koji su uredili pojedine delove civilnog prava (Zakon o obligacionim odnosima, Porodični zakon, Zakon o nasleđivanju i dr.). Tu je došlo do tzv. *potpune* inkorporacije, tako da će ovi zakoni, kad bude donet GZ, prestati da važe.

Do inkorporacije tzv. *vankodeksnog civilnog zakonodavstva* opravdano nije došlo, ili je došlo samo *delimično*, u fundamentalnom, načelnom domenu, budući da su autori Nacrta kodeksa ovo zakonodavstvo, npr. potrošačko pravo⁷, au-

⁷ V. npr. József Szalma, Umsetzung des Europäischen Verbraucherrechts in Serbien, in: Welser (Hrsg), Die Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie in den Staaten Zentral- und Osteuropas, Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Europäische Rechtsentwicklung und Privatrechtsreform an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2015, str. 187-210; József Szalma, Verbraucherrecht in Serbien im Lichte gemeinschaftrechtlicher Vorgaben, in: Welser (Hrsg) Konsumentenschutz in Zentral- und Osteuropa, Veröffentlichungen der Forschungsstelle für Europäische Rechtsentwicklung

torsko i pronalazačko, odn. patentno pravo⁸ antimonopolističko zakonodavstvo, itd., opravdano smatrali da treba da ostanu izvan kodeksa u domenu regulativne "nadležnosti" posebnog, odnosno vankodeksnog civilnog zakonodava (Sondergesetzgebung). Ove oblasti civilnog prava, bi prema nameri kodifikatora, kao specijalni zakoni, trebalo da ostanu vankodeksni civilni zakoni, zbog potrebe da se bliže urede pojedinosti i posebnosti ovih oblasti građanskog prava, ali koji bi ostali u tesnoj vezi sa matičnim kodeksom, građanskim zakonikom. Kako Nacrt GZ sadrži osnovna načela, GZ će biti putokaz, orijentir, za buduće specijalne zakone. Novi Nacrt GZ na taj način *uspostavlja vezu između generalnih i specijalnih elemenata sistema građanskog prava*. GZ bi bio merodavan orijentir i za vankodeksno civilno zakonodavstvo, što je ispravan kodifikacioni put. Nacrt GZ je pojedine delove građanskog prava inkorporisao u *knjige*, npr. knjiga o obligacijama, knjiga o porodici, itd. To je usvojeno sa razlogom. Naime, ove tradicionalne oblasti građanskog prava sadrže posebnosti, nekada i posebna načela. Npr. kod porodičnog prava, to je posebna zaštita porodice, braka, dece. Što sve čini da su kodifikatori preko zasebnih "knjiga" hteli da ukažu na posebnosti, izdvojene, posebno naglašene bliže ciljeve, načela pojedinih oblasti građanskog prava. Knjižni raspored regulativne materije je, sa istih razloga usvojen prilikom kodifikacije novog mađarskog građanskog prava.⁹ On omogućava sa jedne strane relativnu samostalnost pojedinih oblasti građanskog prava, ali i potrebnu vezu sa celinom kodeksa. Celinu osim knjižnih poglavlja zasnovanih na pandektnom sistemu građanskog prava obezbeđuju zajednička načela građanskog prava, kao što je ravnopravnost stranaka, slobodna inicijativa, savesnost i poštenje, zabrana izigravanja imperativnih normi, principijelna dispozitivnost normi građanskog prava.

Pokazalo se, naravno, već na početku rada kodifikacione Komisije, da *nije dovoljna prosta inkorporacija reformisanih zakona* pojedinih delova civilnog prava, već gde je trebalo, u načelnom domenu, i specijalnih zakona. Potrebno je bilo *uskladjivanje* pojedinih delova kodeksa, kao i stavljanje kodeksa u kontekst celine pravnog sistema.

und Privatrechtsreform an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, Bd. III., 2010, str.167-196.

⁸ V. npr. József Szalma, Das Patentrecht bei der Dienst- und Angestelltenerfindung im serbischen Recht- Patentno pravo povodom pronalazaka ostvarenih na istraživačkom radnom mestu prema pravu Republike Srbije, Patents for invention in the course of employment under Serbian Law, in: Strateški pravci razvoja društvenih nauka, kultura i umetnosti Vojvodine do 2020. g. Urednik, J. Szalma, Zbornik radova VANU, Novi Sad, 2014, str. 6-33.

⁹ V. npr., Jožef Salma, O kodifikacionom istorijatu mađarskog građanskog prava, Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, LX, 2/2014, str. 49-67.

Ukazala se i potreba da se imaju u vidu rezultati kodifikacione teorije, smernice EU, koje dotiču civilno pravo i rezultati nedavnih temeljnih izmena značajnih evropskih kontinentalnih građanskih zakonika, kao što je nemački, austrijski GZ, švajcarski ZO. Zapravo ove izmene, posebno temeljne modifikacije nemačkog Građanskog zakonika - sa preko 400 članova (od 2002. do 2006. g), izvršene pod uticajem zajedničkog evropskog prava (posebno u oblasti zastarelosti potraživanja, potrošačkog prava i dr.) - su u novom Nacrtu GZ samo delimično sagledane. Uprkos tome, što su ove izmene NGZ jedan od dobrih primera harmonizacije nacionalnog prava sa zajedničkim pravom EU. Najuspešniji deo Nacrta je knjiga o obligacijama, što se objašnjava i time, da je Zakon o obligacionim odnosima, kao polazna osnova, u osnovi adaptirani prevod Švajcarskog Zakona o obligacijama iz 1912. godine. Ali, novi Nacrt GZ RS, izgleda mi, nije imao u vidu značajne i brojne izmene Šv. ZO (preko sedamdeset) koje su od vremena donošenja tog zakona do danas stupile na snagu. Deo (knjiga) o obligacijama, kao i drugi delovi Nacrta GZ sadrži, kraj osnovnog normativnog teksta, brojne alternative. Zapaža se kašnjenje u delu (knjige) Nacrta kodeksa posvećenog svojinskim odnosima koje je izgleda uslovljeno docnjom pratećih vankodeksnih reformskih propisa, vezanih za zemljišne (katastarske) knjige, javnobeležničkog prava.¹⁰ Posebno zakonodavstvo u domenu evidencije i konstitucije stvarnih prava, kao i pouzdana forma pravnih poslovasu neophodna podloga kodeksnih stvarnopravnih regulativa. Ono je fundament sigurnosti i pravnosti.¹¹ Ne u poslednjem redu, Kodifikaciona Komisija je imala u vidu i interpretativni doprinos sudske prakse.

Pandektna sistematizacija, kodeksni karakter, knjižni raspored

Opšte je poznato da postoje dve osnovne sistematizacije građanskog prava, obe sa poreklom iz rimskopravne tradicije.

Prva je tzv. *instituciones sistem*, ili sa trojnom podelom, na lica, stvari i tužbe. Ovaj sistem u građansko pravo uključuje i procesno pravo preko dela o tužbama. Pod licima i stvarima se podrazumevaju materijalno pravo, i to u domenu

¹⁰ V. npr. Jožef Salma, Notarijalno obligaciono pravo, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLVI, 1/2012, str. 87-100, ibid, Konvergencija evropskog notarijalnog prava, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, XLVI, 2/2012, str. 37-61.

¹¹ Jedan od mogućih razloga zadocnjenja mogu se sagledati i u domenu tzv. spontane privatizacije u vreme nedostajućih tranzicionih propisa u oblasti svojinskih odnosa. V. npr., József Szalma, Enteignungen in Serbien nach dem zweiten Weltkrieg und der Stand der Restitutionsgesetzgebung, in: Hrsg. Gornig, G.H., Detlef Horn, H. Murswiek, Eigentumsrecht und Eigentumsrecht, Analysen und Beiträge zur Vergangenheitsbewältigung, Teil, 2. Izdavač: Duncker u. Humblot, (Zbornik naučnih radova sa tematske međunarodne naučne konferencije o svojinskom pravu, sa pozvanim profesorima civilnog prava iz osam zemalja u tranziciji), Berlin, 2009, str. 173-195.

porodičnog, naslednog prava. Pod "stvarnim pravom" po ovom sistemu podrazumeva se ne samo svojina na stvarima i pravima, već i obligaciono pravo, budući da je predmet regulisanja obligacionog prava pravni promet stvari i usluga. Ovom sistemu se svojevremeno najviše priklonio austrijski opšti Građanski zakonik (1811).

Za razliku od tog sistema, po uzoru na *Usus modernus pandectarum*, *pandektni sistem* ne sadrži civilno procesno pravo, već samo materijalno pravo. Procedura je funkcionalna, služi radi ostvarivanja povređenih ili ugroženih građanskih subjektivnih prava, njene norme ne regulišu konstituisanje, već sudsko ostvarivanje građanskih prava. Otuda procedura čini u najvećem broju modernih građanskih zakonika kontinentalne Evrope, nastalih u XIX i XX veku, od građanskog kodeksa odvojeni sistem. Pandektni sistem, kako je već ukazano, sadrži opšti deo, obligaciono pravo, porodično pravo, stvarno pravo i nasledno pravo. Opšti deo obično sadrži zajednička pravila svih delova građanskog prava, posebno zajednička pravila o pravnim poslovima, koja podjednako vrede kako za ugovore kao dvostrane pravne poslove tako i za testament kao jednostrani pravni posao, osim ako zakonik u datom delu što drugo ne predvidi. Najveći broj građanskih zakonika kontinentalne Evrope (npr francuski Code civil, iz 1804. g., Italijanski građanski zakonik iz 1942. g. tj. Codice civile dr.) prihvata pandektni sistem, a njemu je najvreniji Nemački građanski zakonik (BGB iz 1896. godine).

U radu je naglašeno da Nacrt GZ RS prati klasičnu pentatonalnu, odnosno pandektnu sistematizaciju. U tome je interesantno da Nacrt sadrži Opšti deo, poput nemačkog BGB-a. Time se razlikuje od važećeg MGZ koji ne sadrži opšti deo, već samo uvodne odredbe.

Kako smo već naveli, u radu se ukazuje na to, da se uporedive sličnosti novog MGZ-a i GZ RS pokazuju, između ostalih, na planu knjižne sistematizacije, odnosno rasporeda delova u zasebnim knjigama. Drugim rečima, pojedine oblasti građanskog prava uređuju, saglasno njihovim posebnostima, zasnovano na posebnim načelima, u zasebnim knjigama. Pri tome svakako imajući u vidu povezanost građanskog prava, u pogledu subjekata i objekata građanskog prava. Kodeks uređuje i osnove subjektiviteta pravnih lica privatnog prava, ostvaljajući prostora za bliže uređenje u posebnom zakonodavstvu, kao što je Zakon o privrednim društvima.

Harmonizaciona polazišta, implementacija i primena prava

U navedenom radu sam naglasio evropska harmonizaciona pravila. Postoje za civilno pravo pet vrsta evropskih normi (*aquis communataire*) od kojih su najvažnije smernice, i uredbe.

Smernice (Richtlinien, kod nas je prevod odomaćen preko engleskog jezika, ali su pogrešno prevedene kao direktive), sadrže ciljeve kojima treba da u svom unutrašnjem zakonodavstvu, punopravne članice, ali i kandidati teže. Smernice su trajan oblik i vrede i za punopravne članove, sa trajnom obavezom usklađivanja domaćih zakona sa zajedničkim ciljevima. Smernice su značajne i za zemlje koji teže ka EU i tek su u postupku harmonizacije. Ako je neka zemlja postala punopravna članica EU, nove smernice se formulišu već uz učešće njenih parlamentarnih predstavnika u Evropskom Parlamentu odnosno Savetu. Harmonizacija nacionalnih prava preko smernica se osvaruje i posle učlanjenja. Smernice, međutim, nikako ne znače potpunu uniformnost zakona, već težnju ka istim ciljevima.

Drugi je važan oblik zajedničkih evropskih normi je *Uredba* (Verordnungen). Uredba vredi samo za punopravne članice. Uredbe se direktno primenjuju pred domaćim sudovima, bez postupka ratifikacije, zasnovano na osnovu ugovora o punopravnom uključenju u EU. Prema stavu kodifikacione komisije, prilikom formulisanja teksta Nacrta GZ vodilo se računa o smernicama EU koji dotiču civilno pravo. Čini se, da je to samo dobrim delom učinjeno, tu i tamo se zapažaju propusti važnih smernica, naročito u oblasti fundamenata antimonopolističkog zakonodavstva (netolerancije faktičkog kartela) kao i potrošačkog prava.

Glavni je problem međutim, u obezbeđenju primene prava. Evropsko pravo, a posebno građani, očekuju ne samo dobre, harmonizovane pravne propise (implementaciju), već i njihovu doslednu primenu. U skladu sa evropskim načelom odnosno univerzalnim civilizacionom tekovinom o vladavini prava.

Dileme o monizmu ili dualizmu građanskog i trgovinskog prava

Autor je unavedenom radu ukazao i na metodološki problem jedinstva ili dvojstva građanskog i trgovinskog prava. Istakao je, da se kodeks opredeljuje za relativno jedinstvo, tj. da se statusni deo trgovačkih društava ostavi posebnom zakonu, kao što je to učinjeno Zakonom o privrednim društvima iz 2011, sa dopunama iz 2014. g.¹², a da u delu o pojedinim obligacionim ugovorima, ostane rela-

¹² U međuvremenu već u poodmakloj fazi komisijskog kodifikacionog postupka izrade Građanskog zakonika RS, donet je Zakon o privrednim društvima od 25. maja 2011. godine, do čije izmene je došlo je tokom 2014. i 2015. godine. V., Službeni Glasnik RS br. 2011/36., br. 2011/99. i br. 83/2014. Do novog jedinstvenog teksta ovog zakona, tj. Zakona o privrednim društvima, došlo je 25. maja 2015, v. Službeni Glasnik RS, br. 2015/5. sz). Time je faktički, odn. prejudicijelno rešeno, da trgovisko pravo ne bude u sastavu novog civilnog kodeksa RS. U tome se novi Nacrt GZ RS znatno razlikuje od MGZ, koji je inkorporisao statusni deo trgovinskih društava. Povodom preduzetničkog prava koje je značajno uslovljeno sredstvima obezbeđivanja potraživanja, kao što su zemljišne, odnosno katastarske knjige, hipoteke, menično pravo, pravo potrošača, v. József Szalma, Die Hypothek

tivno jedinstvo.¹³To znači da se Komisija opredelila za rešenje da se u tom delu, tj. u posebnom delu ugovornog prava, urede uz građanskopravne ugovore i trgovinski ugovori. Nacrt je pored klasičnih trgovinskih ugovora (osiguranje, bankarski poslovi) regulisao i tzv. neimenovane, odn. mešovite ugovore, kao što je faktoring, lizing i dr.). Postavljalo se naravno, pitanje, da li je trebalo inkorporisati mešovite trgovinske ugovore, i prepustiti ih posebnom, vankodeksnom zakonu, budući da su ti ugovori još uvek u evoluciji, a Nacrt je u mogućnosti da vrši inkorporaciju na sadašnjem stupnju razvoja tih ugovora. Za sada je u Komisiji prevagnulo stanovište da je potrebno da se regulišu i mešoviti trgovinski ugovori. Ista dilema je nastala i prilikom donošenja MGZ. Mnogi autori su smatrali da ti ugovori ne treba da budu uneti u Kodeks. Ali je i tamo, bar u kodifikacionoj komisiji, pa i u parlamentarnoj raspravi, pre konačnog donošenja MGZ, prevagnuglo stanovište da i mešovite trgovinske ugovore treba uneti u kodeks. Ipak, pokazalo se, da su bili u pravu oni koji su smatrali, da je mesto mešovitih ugovora u posebnom zakonu, a ne u kodeksu. Već sada, literatura konstatuje, da su definicije leasinga, factoringa, franshisinga, itd. date u kodeksu, nepotpune.

*Solidarna ili podeljena odgovornost kod više učesnika u prouzrokovanju štete,
odgovornost za nesavesno pregovaranje, posebni slučajevi
građanskopravne odgovornosti*

U domenu *više učesnika u prouzrokovanju štete* autor je u bilateralno uporednom delu navedenog rada kritikovao rešenje MGZ koje za taj slučaj predviđa generalno pravilo o solidarnoj odgovornosti, umesto podeljene odgovornosti (srazmerno doprinosu u prouzrokovanja mereno uzročnošću i krivicom svakog štetenika). Ta kritika je dobrim delom zasnovana na ispravnom rešenju ZOO koji je inkorporisan u Nacrt GZ RS. U skladu sa tim, smatrao sam i smatram da su evropska civilistička doktrina i kodifikaciona rešenja prihvatiladругu orijentaci-

als Mittel der Kreditsicherung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtslage in Serbien, in: Hrsg. Welser, R. Das Recht der Kreditsicherung in Zentral- und Osteuropa, Manz Verlag, Wien, 2014, 199-204. old.; József Szalma, Haftung bei der Veräußerung von Wertpapierrechte in Serbien, in: Rechtsfragen bei der Veräußerung von Wertpapieren nach der Rechten der CEE Staaten, Forschungsstelle für europäische Rechtsentwicklung und Privatrechtsreform, Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Wien, 2015; József Szalma, Umsetzung des Europäischen Verbraucherrechts in Serbien, in: Hrsg. R. Welser, Die Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie in den Staaten Zentral- und Osteuropas, Manz Verlag, Wien, 2015, str. 187-210.

¹³ V. npr. Jožef Salma, Jedinstvo ili dvojstvo građanskog i trgovinskog obligacionog prava, in: Harmonizacija srpskog i mađarskog prava sa pravom Evropske Unije – A szerb és a magyar jog harmonizációja az Európai Unió jogával. Harmonisation of Serbian and Hungarian Law with the European Union Law, thematic collection papers, Novi Sad, Centar za izdavačku delatnost, 2013, str. 29-49.

ju, tj. da je podeljena odgovornost princip, a da je solidarna odgovornost izuzetak, koja se ima pojedinačno propisati za svaki slučaj, čak i ako ima mnogo izuzetaka. Razlog je za to rešenje u tome da po pravilima o solidarnoj odgovornosti celokupnu odštetu primarno snosi onaj koji je utužen za celinu naknade, iako je možda najmanje kriv, i to po izboru tužioca. Tuženi u primarnoj parnici, nakon isplate celine odštete "primoran" na sekundarnu, regresnu parnicu, u svojstvu tužioca, koji se pokreće protiv ostalih solidarnih sadužnika koji u primarnoj parnici nisu bili obuhvaćeni tužbom. Odredbe o pregovorima, predugovoru i glavnom ugovoru, kao i o predugovornoj odgovornosti (culpa in contrahendo) s pravom su, izgleda mi, većim delom preuzete iz ZOO, čija su rešenja i danas aktuelna.

U domenu posebnih slučajeva građanskopravne odgovornosti Nacrt direktno ne dotiče odgovornost za štete koje potiču od atomskih postrojenja i zračenja, niti odgovornost za davanje profesionalnih saveta i za nesavesno lečenje.¹⁴ Time ove važne oblasti posebnih slučajeva građanskopravne odgovornosti prepuštaju posebnim zakonima, kao što je zakon o zaštiti zdravlja, Zakon o advokaturi. Potrebno je napomenuti da smernice EU naročito naglašavaju tzv. apsolutnu odgovornost za atomske štete, tj. štete koje potiču iz atomskih postrojenja, što znači da imalac postrojenja odgovara i u slučaju sadejstva više sile.

Dileme povodom porodičnog i naslednog prava, bračno imovinskog ugovora, donacije ljudskih organa i eutanazije

U domenu bračnog, porodičnog i naslednog prava postoje problemi koji bi trebalo još sagledati, prodiskutovati. Svakako je i dalje aktuelan i od posebnog regulativnog značajtemat o pravnoj zaštiti malodobnih lica.

Zatim, sporno je i pitanje da li se može prezimirati da je umrlo lice, ako nije za života dalo pristanak, htelo da *donira organe*, budući da u pravu postoji pijetel prema telesnim ostacima umrlog. Većina zakonodavstava prihvata stanovište da je uzimanje organa i tkiva mrtvog lica, radi spašavanja života drugog lica, dopušteno samo onda ako je neko za života izričito izjavio da posle smrti pristaje na takvu donaciju. Po većini uporednih rešenja, ne može se pretpostaviti pristanak, ako nema izričite donacione izjave za života. Takvo rešenje može da dovede do zloupotrebe. Takođe je sporno, da li je dopuštena eutanazija. Nacrt, doduše uz strogu kontrolu, daje dopuštenje uz izričiti zahtev smrtno bolesnog lica. Tome se protivi medicinska etika, koja nalaže lečenje, a ne odustanak od lečenja čak i u situacijama kada je lečenje sa nikakvim ili malim izgledima.

¹⁴ V. npr. József Szalma, Haftung für Rat, Gutachten nach serbischem Recht, in: Haftung bei Wertpapieräusserung, Teil 1. Rat, Auskunft als Grundlage bei der Veräusserung von Wertpapieren nach dem Recht der CEE-Staaten, urednik Rudolf Welser, Manz Verlag, Wien, 2016, str. 175-182.

Pisac ovih redova u svojim radovima kao i u doktorskoj školi PFNS, se dugo zalagao, tokom reforme porodičnog kodeksa za uvođenje *bračno-imovinskog ugovora*. Tome su se protivili, na početku i oni koji su inače uvaženi profesori porodičnog prava. U njihovom početnom viđenju taj ugovor čini ženu (suprugu) neravnopravnom. Međutim, nakon sagledavanja uporednih iskustava, protivnici tog ugovora uvideli su da to stanovište o tome da bračno-imovinski ugovor defavorizuje suprugu, nije osnovano. Moje je mišljenje bilo i ostalo je, da bračno imovinski ugovor, u skladu sa iskustvima uporednog prava, jednako štiti oba bračna partnera. Takođe, smatrao sam i smatram, da bračno-imovinski ugovor treba da bude fakultativna alternativa zakonskom režimu zajedničke imovine. Drugim rečima, ako nema bračno-imovinskog ugovora, između supružnika teče zakonski, obavezni režim zajedničke imovine. Ali taj režim je obavezan samo ako nema bračno-imovinskog ugovora. Tako, da ako to odgovara bračnim partnerima, neće zaključiti bračno imovinski ugovor. Ako su oni saglasni da bude poseban, ugovorni režim sticanja imovine, režim sticanja imovine bračnih partnera, biće po ugovoru. Trebalo je više od 7 godina, da ta jednostavna, za oba partnera korisna ideja, bude prihvaćena u Porodičnom zakonu. I u ovom slučaju put nauke do zakona je bio neopravdano dug. Dokaz o korisnosti bračno-imovinskog ugovora bio je, da u uslovima tržišnog društva, obavezna zajednička imovina bi mogla pogoditi upravo suprugu.

Ukazao sam, na primer, da je suprug najpre uspešan poslovni čovek, osnivač privrednog društva sa neograničenom odgovornošću, a supruga nije član tog društva. (Naravno može biti i obrnuto). Kod takvog društva za dugove se odgovara ne samo imovinom loženom u društvu, već i sa ličnom imovinom. Na početku, u fazi uspešnosti, zaista je obavezan režim zajedničke imovine štitio i pravne interese supruge, jer je i ona sticala prihode iz preduzeća. Ali, muž je u nastavku svoga poslovanja u konkretnom slučaju, zbog pogrešnih poslovnih poteza, počeo da stvara gubitke, koji su opteretili i zajednički idealni deo, pa i posebnu imovinu supruge, dakle onaj deo imovine koji nije bio u vezi sa poslovanjem. Da su zaključili bračno-imovinski ugovor, sa sadržajem zasebnog sticanja, uz uzajamnu obavezu doprinosa zajedničkom domaćinstvu, do toga ne bi došlo. Problem je bio i u tome, da supruga ili suprug u uslovima obaveznog režima zajedničke imovine nije ni odlučivao, odlučivala o poslovanju firme, budući da nije bio (bila) član firme, a snosila je, odn. snosio je posledice lošeg poslovanja, a u slučaju uspešnog poslovanja bez doprinosa u poslovnim odlukama, našla je, našao je, udela u dividendi. Kada je to bliže sagledano, predlog o potrebi za uvođenjem bračno-imovinskog ugovora najzad prošlo u postupku reforme Porodičnog zakona i preko inkorporacije čini se da je prihvaćen i u Nacrtu.

U knjigu Nacrta o *naslednom pravu* je uključen raniji samostalan Zakon o nasleđivanju, koji se u praksi primene prava pokazao kao dobar zakon. U novijoj literaturi, pa i uporednoj zakonodavnoj praksi postoje dve suprotne tendencije. Jedna je za smanjenje *nužnog dela* u korist *slobode testamentalnog nasleđivanja*. Druga je za zadržavanje nužnog dela u prvom zakonskom naslednom redu u iznosu od polovine pripadajućeg po osnovu zakonskog nasleđivanja. Zapravo potonje rešenje je prihvaćeno u srednjeevropskim zemljama pod uticajem Austrijskog opšteg građanskog zakonika.¹⁵ Nacrt GZ RS, čini mi se, u ovom delu, prihvata konceptfavorizovane zaštite nužnog nasleđivanja, na teret ograničenja obima slobode testiranja, tj. kao instituta ograničenja testamentalne slobode. U Austriji, povodom još uvek tekuće reforme AOGZ-a, ima ozbiljnih naučnih rasprava koje zbog načela favor testamenti, žele da smanje obim nužnog dela, uz podršku veće slobode testiranja, sa obrayloženjem da se favorizuje poslednja volja ostavioca.

Ima naravno i drugih pitanja o kojima bi valjalo razmisliti u domenu naslednog prava, u daljem postupku kodifikacije, posebno u domenu ugovornog osnova nasleđivanja. Ugovor o doživotnom izdržavanju i njegova varijanta bez zajednice života, ugovor o doživotnoj renti s razlogom je kod nas prema ZN isključivao nužni deo. Ima argumenata da bi to tako trebalo i da ostane.

Kodifikaciono mesto ugovora o radu, službi i delu i kolektivnih ugovora

Većina klasičnih civilnih kodeksa, npr. francuski Code civil, nemački BGB, austrijski ABGB i dr. u delovima o pojedinim obligacionim ugovorima uređuju i ugovor o radu. Švacarski zakon o obliacionim odnosima kraj ugovora o radu uređuje čak i kolektivne ugovore (Tarifvertrag). U reformskim srednjoevropskim zemljama međutim, prihvaćeno je stanovište, da se ugovor o radu, kao i kolektivni ugovor imaju urediti zakonom o radu. Tako je to i u mađarskom pravu. Za sada i u našem pravu. Novi MGZ, uprkos tome što je u naučnoj literaturi istaknuta ozbiljna argumentacije, u prilog tome, da zbog pravne sigurnosti i stabilnosti, ugovor o radu treba da ima mesto u Kodeksu. Ali, kodifikatori su stali na stanovište, da ugovor o radu treba ostaviti za posebno zakonodavstvo, zakon o radu.¹⁶

¹⁵ V. Szalma József, A kötelesrés és a végintézkedési (végrendelkezési) szabadság az európai és a magyar magánjogban (Nužni deo i testamentalna sloboda), in: Miskolci konferenciák – Az új Ptk öröklési jogi szabályai – tapasztalatok és kritikák (Zbornik radova sa naučnog skupa posvećenog odredbama MGZ o nasleđivanju), Novotniu Alapítvány, Miskolc, 2015, str. 95-117.

¹⁶ V., József Szalma/Jožef Salma, Tamás Prugberger, Arbeitsvertrag und Vertragsinstitute im öffentlichen Dienst, Pravni život, Beograd, 2007/12, str. 727-739; Szalma József, A munkaszerződés, a szolgálati szerződés és a kollektív szerződés (Ugovor o radu, službi i kolektivni ugovor), Međunarodna naučna konferencija: Szociális elemek az új Ptk-ban (Socijalni elementi u novom MGZ-u),

Kodifikatori Nacrta GZ RS su za sada izostavili ugovor o radu, smatrajući da je mesto ovog ugovora u Zakonu o radu.

Ako se imaju u vidu literarna stanovišta o mestu radnog prava u sistemu prava, kako u frankofonskim, tako i u germanskim porodicama prava, zapaža se da je gotovo nepodeljeno stanovište da je *ugovor o radu*, pa ponegde čak i o službi, je *sastavni deo građanskog prava*. Ugovor o radu je tretiran kao svaki drugi civilnopravni ugovor. Sa razlikom da se ugovor o radu u nekim zemljama (pres svega evropskim kontinentalnim) smatra *formalnim*, a u drugim (anglosaksonskim) kao konsensualni ugovor. Tako je i u reformskim zemljama kontinentalne Evrope. On se zaključuje između *poslodavca* i *radnika* kao pravno *ravnopravnih*, kao *trajan* ili *oročen*, čije je osnovno dejstvo *zasnivanje radnog odnosa*, a sadržaj se odnosi na međusobna prava i obaveze poslodavca i zaposlenog (radnika ili službenika), uključiv obaveze radnika na poslu, i obaveze poslodavca da u skladu sa minimalnom zaradom garantovanom u kolektivnom ugovoru, stipuliše (ugovori) zaradu. Princip slobode ugovaranja je ograničen minimumom iz posebnog kolektivnog ugovora, za svaku kategoriju radnika, a preko toga se stranke slobodno sporazumevaju. Radi se dakle o *teretnom* ugovoru. Sva druga prava vezana za radni odnos koji je zasnovan ugovorom o radu deo su *socijalnog prava*. Socijalno pravo, iako se bitno nadovezuje na radnopravni odnos kao građanskopravni, deo je imperativnog (tj. javnog), a ne dispozitivnog (građanskog) prava i obuhvata zakonodavstvo o zdravstvenom, penzijskom i invalidskom osiguranju. Moje je mišljenje, da bi u daljem radu Kodifikacione komisije trebalo da se u kodeks inkorporiše i ugovor o radu, i da se on izuzme iz Zakona o radu, budući da je ugovor o radu građanskopravni, privatnopravni, a ne javnopravni odnos. Pre svega zbog zaštite interesa kako poslodavca, tako i radnika. Ono što je imperativno vezano za radni odnos, bi trebalo da bude samostalna javnopravna disciplina, kao radno ili bolje, socijalno pravo.

Neki građanski zakonici, npr. Nemački BGB, razlikuju ugovor o radu i *ugovor o službi*. Ugovor o radu se zaključuje u tržišnom, privatnom sektoru, pri čemu je na strani poslodavca preduzeće, odn. privredno društvo. Za razliku od toga, ugovor o službi se zaključuje u netržišnom, javnom sektoru, radi obavljanja poslova u upravi, pravosuđu, itd. Kod ugovora o službi na strani poslodavca se pojavljuje država, lokalna samouprava. Dok sadržaj rada kod ugovora o radu određuju u principu saglasno, privatni poslodavac i radnik, dotle kod ugovora o službi sadržaj

Budapest (Budimpešta), KRE ÁJK, 15. maj 2012. g., Zbornik radova sa naučnog skupa, str. 174-188; J. Salma, M. Salma, J. Vidić-Trninić, S. Fišer-Šobot, A. Dudaš, Uzajamni uticaj obligacionog i radnog prava, Naučno-stručni skup InterregioSci, Novi Sad, APV, Pokrajinski Sekretarijat za nauku i tehnološki razvoj, 17. dec. 2015, Zbornik publikacija i saopštenja, sa naučnog skupa, Novi Sad, 2015. g. str. 128.

rada je unapred određen zakonom, u formi nadležnosti (npr. u pravoduđu, upravi). U pogledu kolektivnih ugovora karakteristika je tržišne sfere da se oni donose zasnovano na (kolektivnim) pregovorima poslodavca i pretstavnika zaposlenih, u svakom preduzeću, odn. privrednog društva, ponaosob. Za razliku od toga u netržišnoj sferi su karakteristične i granski i zemaljski kolektivni ugovori, sa predmetom određivanja minimuma zarade, po svakoj kategoriji rada, zasnovano na tipartitnim pregovorima sa učešćem predstavnika države (vlade), odn. dr. javnog poslodavaca i zaposlenih (reprezentativnog sindikata).

Ugovor o radu i službi se od *ugovora o delu* (iako i ugovor o delu ima takođe za predmet angažovanje rada), razlikuju se po tome, što je ugovor o delu obligacija rezultata (*obligation d'réultat*), tj. ugovor je ispunjen tek ako je postignut u ugovoru označen rezultat. Za razliku od toga, ugovor o radu i službi je obligacija sredstava (*obligation d'moyen*). Smatra se da je taj ugovor izvršen ako je radnik savesno postupio, bez obzira na to, da li postigao konačan rezultat. Nacrt je, za razliku od ugovora o radu, koji je izostavio, uredio samo ugovor o delu. Tradicionalne kodifikacije, međutim, zbog povezanosti, jedan pored drugoga, uređuju, regulišu i ugovor o radu i ugovor o delu.

ZAKLJUČAK

I pored ovih i mogućih drugih primedaba autor je u navedenom radu izneo svoje mišljenje da se radi već u sadašnjoj fazi, o veoma značajnom, visoko vrednom kodifikacionom rezultatu. U navedenom radu, naravno nisam spomenuo, da bi nastavak rada kodifikacione komisije, eventualno sa njenom dopunom članova, bio opravdan, pre parlamentarne rasprave, u cilju da se preostale dileme otklone, da se nedostajući harmonizacioni aspekti dopune, imajući u vidu i stavove u međuvremenu sprovedene javne i stručne rasprave, kao i novije harmonizacione rezultate i iskustva drugih evropskih kodeksa.

Dobra je strana Nacrta, u oblasti ugovornog prava što je vođeno računa o Bečkoj konvenciji o kupoprodaji, kao i o dva evropska akta o kontraktima građanskog i trgovinskog prava. Nacrt ne sadrži osnove odredaba o kolizionom pravu, to prepušta posebnom Zakonu. Ali, neophodno je imati u vidu, da zbog Maastrichta (1993) koji uspostavlja za punopravne članove EU zajedničko bescarinsko privredno područje sa slobodnim kretanjem rada, kapitala i usluga, u međuvremenu je došlo do podizanja nekih od kolizionih normi na nivo Evrope (Rimski Sporazumi u oblasti kontraktualnih i deliktih u novije vreme porodičnih kolizionih normi I-IV). To bez obzira na diskusije o potpunoj i ograničenoj harmonizaciji prava. Ima i novijih kodifikacija, npr. Holandski Građanski zakonik, koji sa drži i odredbe o MPP, tj. reguliše kolizione norme.

Nema sumnje, da je civilno pravo u osnovi domen nacionalnog zakonodavstva, ali ima značajne doticaje sa komunitarnim evropskim pravom, u domenu međunarodne, odnosno prekogranične trgovine. Veoma je značajno da Kodeks naglasi zaštitu potrošača, kao slabije strane kod potrošačkih ugovora, što je intencija evropskog prava. Izmene Nemačkog građanskog zakonika su sa razlogom definisale potrošački ugovor. To nam nedostaje u Novom Nacrtu GZ RS. Istina, da postoji Zakon o zaštiti potrošača u kome postoje definicije, ali bi bilo valjano, da zbog potrebe za povećanu zaštitu potroša, formulisanu i u odnosnim evropskim smernicama, da se definicije “presele” u Kodeks.

Uprkos nedostacima, Nacrt je značajan doprinos u postupku reforme i harmonizaciji prava RS, sa zahtevima tržišnog društva, predstavlja na tom putu dobar korak, te smatram da treba nastaviti komisijski rad na usavršavanju Nacrta.

NEKOLIKO REČI O NACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

1

Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije je jedno veliko kodifikatorsko delo. Usudio bih se da kažem da je to jedno moćno, grandiozno delo. Prednacrt je nastao kao rezultat razvoja pravne nauke i u njegovih 2838 članova majstorski i sa umešnošću su ugrađeni stavovi sudske prakse, dostignuća u uporednom pravu, nacionalnim zakonodavstvima pojedinih zemalja i unifikovanim pravilima Evropske Unije. Na taj način, je još jednom potvrđeno učenje Monteskijsa (Montesquieu) sadržano u njegovom delu Duh zakona (De l'esprit des lois) da simbioza plodova pravne misli, rezultata sudske prakse i nacionalne regulative omogućuje visoki nivo prava. Mislimo da je Kopaonička škola prirodnog prava pod rukovodstvom profesora Dr Slobodana Perovića i njegovih saradnika mnogo doprinela u pripremanju, stvaranju i zaokruživanju ovog značajnog dela. Prednacrt je nastao na tlu evropskog, kontinentalnog prava, jer se naš pravni sistem, kao i sistemi drugih zemalja u Evropi, razvijao i izrastao na temeljima Rimskog prava. Ali, ne treba zanemariti ni uticaj anglo-saksonskog prava (Common Law), koji je vidljiv u pojedinim pravilima i ustanovama. Isto tako ne treba ispustiti iz vida ni ostale velike pravne sisteme: kinesko pravo (Chinese Law), indijsko pravo (Hindu Law) i šerijatsko pravo (Sheriat Law), jer i u ovim pravnim sistemima postoji niz racionalnih rešenja i pravnih pravila. Uostalom, sama činjenica da

Dr Alajdin Alishani, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Prištini "Hasan Priština".

se pravila ovih pravnih sistema primenjuju u društvenim zajednicama od kojih svaka ponaosob broji više od milijardu ljudi, ukazuje na njihov značaj i govori o tome da pored naše, postoje i druge pravne civilizacije koje utiču na stvaranje novog pravnog poretka u svetu. Razume se, sve što je o ovome rečeno niukoliko ne umanjuje velike tekovine evropske pravne civilizacije, ni vrednosti njene pravne tradicije, nego skreće pažnju na to da će prilikom izgradnje istinski unifikovanih pravila u svetu morati da se vodi računa i o ovim pravnim pravilima zasnovanim na temeljima ovih drugačijih, ali isto tako velikih civilizacija.

2

Prednacrt je pisan jezikom koji zaslužuje svako poštovanje. Važno je to istaći, jer su propisane odredbe sasvim jasne i razumljive ne samo profesionalcima, nego i onima koji nisu profesionalci. Navedene odlike Prednacrtu čine pomenuto kodifikatorsko delo popularnim zakonikom i delom od značaja u oblasti zakonodavstva. Opisane odlike svrstavaju Prednacrt u veoma važna dela u tom domenu. Da bismo ilustrovali rečeno daćemo primer člana 150, kod opasne stvari, u kome se kaže da pokretna ili nepokretna stvar, čiji položaj, ili upotreba, ili osobine, ili samo postojanje predstavlja povećanu opasnost štete za okolinu jeste opasna stvar. Zatim, u članu 154, kod posmrtnih ostataka, predviđa se da posmrtni ostaci mogu biti predmet određenih građanskih prava, u skladu sa moralom i izraženom poslednjom voljom umrlog ili saglasno volji njegovih naslednika. Potom, u članu 167, kod slobode ugovaranja, veli se da su strane ugovornice slobodne, u granicama prinudnih propisa, javnog poretka i morala, da svoje odnose urede po sopstvenoj volji. U stavu 3 kaže se da ugovor obavezuje strane ugovornice kao zakon.

3

Terminologija koja je korišćena za pisanje Prednacrtu vrlo je korektna i na zavidnom nivou. Odgovara potrebama materije, uspešno je zadržano ono što potiče iz tradicije, nešto je izmenjeno, ili je zadržano sa manjim izmenama. Na primer, tako je sa neosnovanim obogaćenjem, članovi 370–384, jer se napušta termin sticanje bez osnova, članovi 210–219 Zakona o obligacionim odnosima. Vraća se termin oštećenje preko polovine, članovi 280–281, te se napušta termin prekomerno oštećenje u članu 133 stavovima 1, 2, 3, 4, 5 Zakona o obligacionim odnosima. U članu 253 stavovi 2 i 3 uvodi se odgovornost za materijalne i pravne nedostatke, te se popravlja naslov člana 121 stavova 1, 2, 3 Zakona o obligacionim odnosima u: odgovornost za materijalne i pravne nedostatke ispunjenja. U članu 316 stavovi 1 i 2 uvodi se odgovornost sopstvenika stvari i vršioca delatnosti. U stavu 1 određuje se da sopstvenik stvari, pokretnih ili nepokretnih, čiji položaj

ili upotreba, ili osobine, ili samo postojanje, predstavlja povećanu opasnost štete za okolinu (opasne stvari), odgovara za štetu koja potiče od nje, bez obzira na krivicu; a u stavu 2 da vršilac delatnosti koja predstavlja povećanu opasnost štete za okolinu (opasna delatnost) odgovara za štetu ako se dokaže da ta stvar nije bila uzrok štete. Sankcioniše se doživotna renta, članovi 1505–1517, dok se ugovor o doživotnom izdržavanju sankcioniše u članovima 2794–2805 u delu ugovora o naslednom pravu. Prednacrtom se u članovima 1–21 sankcionišu uvodne odredbe.

4

Prednacrtom u članovima 262–272 sankcioniše se raskid ugovora zbog neispunjenja. U članu 262 predviđeno je da u dvostrano obaveznim ugovorima, kad jedna strana ne ispunji svoju obavezu, druga strana može, ako nije drugo određeno, zahtevati ispunjenje obaveze ili, pod uslovima predviđenim u idućim članovima, raskinuti ugovor prostom izjavom, ako raskid ugovora ne nastupi po samom zakonu, a u svakom slučaju ima pravo na naknadu štete. Fakat neispunjenja, kao što se i vidi, shvata se objektivno, jer se ne uzima u obzir subjektivni element, da ugovoru verna strana ostvari ili ispunjenje ugovora, ili raskid ugovora zbog neispunjenja. U tome, međutim, nema potpune doslednosti kako kod glavnih ugovora, tako i kod akcesornih ugovora. Na primer, kod ugovora o kapari u članu 225 stavovi 1 i 2, kod neizvršenja ugovora, u stavu 1 predviđa se da ako ugovor nije izvršen krivicom strane koja je dala kaparu, druga strana može po svom izboru tražiti izvršenje ugovora, ako je to još moguće, ili tražiti naknadu štete, a kaparu uračunati u naknadu, ili vratiti, ili se zadovoljiti primljenom kaparom; dok u stavu 2 istog člana stoji da ako je za neispunjenje ugovora kriva strana koja je primila kaparu, druga strana može, po svom izboru, tražiti izvršenje ugovora, ako je to još moguće, ili tražiti naknadu štete i vraćanje kapare, ili tražiti vraćanje udvojene kapare. U članu 1554 stav 4, kod obima jemčeve odgovornosti, kaže se da jamac odgovara i za svako povećanje obaveze koje bi nastalo dužnikovom docnjom ili dužnikovom krivicom, ukoliko nije drugačije ugovoreno.

U delu zabranjeni i ništavni ugovori, u članu 246, kod odgovornosti lica krivog za ništavnost ugovora, veli se da je ugovornik, čijom je krivicom nastao uzrok ništavnosti ugovora, odgovoran svom saugovorniku za štetu koju trpi zbog ništavnosti ugovora, ako ovaj nije znao za postojanje uzroka ništavnosti. Identičnu odredbu ima i član 254, kod odgovornosti za poništenje ugovora, jer tu stoji da ugovornik, čijom je krivicom nastao uzrok ništavnosti ugovora, odgovoran je svome saugovorniku za štetu koju trpi zbog ništavnosti ugovora, ako ovaj nije znao za postojanje uzroka rušljivosti. Zatim, u članu 454, kod krivice poverioca, predviđa se da kada za nastalu štetu, ili za njenu veličinu, ili za otežanje dužnikovog položaja ima krivice do poverioca, ili do lica za koje on odgovara, naknada se smanjuje srazmerno. Članom 626, takođe, kod krivice jednog dužnika, pred-

viđa se da ako ispunjenje obaveze postane nemoguće krivicom jednog solidarnog dužnika, za vrednost dugovane stvari odgovaraju i ostali dužnici, ali oni ne odgovaraju za štetu koju usled toga trpi poverilac, ako iz odnosa poverioca i dužnika ne proističe što drugo. U članu 984, kod odgovornosti za štetu, kaže se da ortak odgovara za štetu koju je ortakluk pretrpeo njegovom krivicom. Članom 952, kod odgovornosti za minimum agrotehničkih mera, određeno je da za preduzimanje minimuma agrotehničkih mera u poljoprivrednoj proizvodnji, propisanih zakonom ili odlukama nadležnih organa, odgovara poljoprivredna organizacija, a ona može tražiti naknadu od poljoprivrednika ako je poljoprivrednik kriv što te mere nisu preduzete. Potom, u članu 999, kod izmene cene, i u varijanti stav 2, ističe se da u slučaju da izvođač, svojom krivicom nije izveo radove u roku predviđenim ugovorom može zahtevati povećanje cene radova ako su se u periodu između zaključenja ugovora i dana kad je prema ugovoru trebalo da radovi budu završeni povećale cene elemenata na osnovu kojih je određena cena radova, tako da bi trebalo da cena, prema novim iznosima tih elemenata, bude veća za više od pet procenata. U članu 1011, kod regresa, stav 1, stoji da kad su za štetu odgovorni izvođač i projektant, odgovornost svakog od njih određuje se srazmerno krivici, a u stavu 2 kaže se da projektant koji je izradio projekat građevine i kome je poveren nadzor nad izvršenjem planiranih radova odgovara i za nedostatke u izvršenim radovima nastale krivicom izvođača, ako ih je mogao opaziti normalnim i razumnim nadgledanjem radova, ali ima pravo zahtevati od izvođača odgovarajuću nadoknadu. Članom 1103 stav 1, kod odgovornosti prevozioca za sigurnost putnika, određeno je da prevozilac odgovara za sigurnost putnika od početka do završetka prevoza, kako u slučaju prevoza uz naknadu, tako i u slučaju besplatnog prevoza, te je dužan naknaditi štetu koja nastane oštećenjem zdravlja, povredom, ili smrću putnika, izuzev ako je prouzrokovana isključivom krivicom putnika, ili stranim uzrokom koji se nije mogao predvideti, niti izbeći, ili otkloniti. Zatim, u članu 1120 stav 3 navodi se da ugostitelj duguje potpunu naknadu ako mu je gost predao stvar na čuvanje, kao i ako je šteta nastala njegovom krivicom ili krivicom lica za koje ugostitelj odgovara. U članu 1022, kod dužnosti gosta da prijavi štetu, veli se da je gost dužan prijaviti nestanak ili oštećenje stvari čim dozna za njih, inače ima pravo na naknadu samo ako dokaže da je šteta nastala krivicom ugostitelja, ili lica za koje ugostitelj odgovara. U članu 1133 stavovima 1 i 2, kod isključenja odgovornosti i neke obaveze skladištara, u stavu 1 kaže se da javni skladištar odgovara za štetu na robu osim ako dokaže da je šteta prouzrokovana usled spoljnih okolnosti koje se nisu mogle izbeći ili otkloniti, ili je prouzrokovana krivicom ostavodavca, manama ili prirodnim svojstvom robe, kao i neispravnom ambalažom, a u stavu 2 da nejavni skladištar odgovara za štete na robu osim ako dokaže da je šteta prouzrokovana usled okolnosti koje se nisu mogle izbeći, ili otkloniti, ili je prouzrokovana krivicom ostavodavca, manama, ili prirodnim svojstvima robe, kao i neispravnom ambalažom. Prema članu 1231 stav 5, kod za-

brane ili ograničenja obavljanja delatnosti, predviđa se, da ako zastupnik raskine ugovor zbog nalogodavčevog skrivljenog ponašanja, ovlašćen je u roku od mesec dana od dana raskida ugovora pismenom izjavom saopšti nalogodavcu da neće poštovati odredbu o zabrani ili ograničenju obavljanja delatnosti. Potom, u članu 1447, kod štete pokrivena osiguranjem, veli se da je osigurač dužan naknaditi štete nastale slučajno ili krivicom ugovarača osiguranja, osiguranika ili korisnika osiguranja, izuzev ako je u pogledu određene štete ta njegova obaveza izrično isključena ugovorom o osiguranju. U članu 1457 stav 2, kod prelaza osiguranikovih prava prema odgovornom licu na osigurača (subrogacija), kaže se da ako je krivicom osiguranika onemogućen taj prelaz na osigurača, u potpunosti ili delimično, osigurač se oslobađa u odgovarajućoj meri svoje obaveze prema osiguraniku. U članu 2134, kod smanjenja vrednosti bez krivice sopstvenika, ističe se da kad je vrednost hipotekarne nepokretnosti smanjena bez sopstvenikove krivice, hipotekarni poverilac ima pravo da zahteva od svog dužnika dodatno obezbeđenje ili naplatu dela potraživanja srazmerno smanjenju vrednosti. Članom 2625 stav 2 propisuje se da ako je zajednica života ostaviočevih roditelja trajno prestala, roditelj koji nema nužnih sredstava za život, a zajednica života nije prestala njegovom krivicom, može zahtevati doživotno uživanje i na celini ili delu zaostavštine koju je nasledio drugi ostaviočev roditelj. Dalje, u članu 2729 stav 1, kod neispunjenja naloga, predviđa se da neispunjenje naloga krivicom obaveznog lica ima dejstvo ostvarenja raskidnog uslova. U članu 2801 stav 3 kaže se ako je do raskida došlo zbog krivice jedne strane, druga strana ima pravo na pravičnu naknadu.

5

U odredbama Prednacrta, u članu 326, kod odgovornosti za štete od divljih životinja, predviđeno je da se odgovornost za štetu koja potiče od divljih životinja uređuje posebnim zakonima. Identičnu odredbu ima i Švajcarski zakon o obligacijama. U članu 56 stav 3 određeno je da kantonalni propisi regulišu odgovornost za štetu koju prouzrokuje divljač. U Prednacrtu, u članu 322 stav 5, kod odgovornosti proizvođača stvari sa nedostatkom, stoji da se odgovornost proizvođača za stvari sa nedostatkom uređuje posebnim zakonom. U uporednom pravu, CC l'art 1386-1-1386-18, kod dela *responsabilite du fait des produits defectueux*, nema takvu odredbu. Zakon o obveznim odnosima Republike Hrvatske u članovima 1079–1080, kod odgovornosti za neispravan proizvod, takođe nema takvu odredbu. Istovetno, Građanski zakonik RAL u članovima 628–639, kod odgovornosti koje proizlaze iz proizvoda, ne predviđa takvu odredbu. Prihvatam da obe navedene odgovornosti predstavljaju vrlo složene i osetljive slučajeve odgovornosti. Smatram, međutim, da bi to trebalo regulisati odredbama Građanskog zakonika. Razume se, to pitanje jeste stvar opredeljenja radne grupe na čelu sa profesorom dr Slobodanom Perovićem i samog zakonodavca.

Regulativom Prednacrta sankcionisani su neki novi ugovori obligacionog, odnosno trgovačkog prava. U pitanju su ugovor o finansijskom lizingu, članovi 856–889, ugovor o saradnji u poljoprivredi, članovi 942–958, izdavački ugovor, članovi 1012–1039, ugovor o distribuciji, članovi 1232–1259, ugovor o franšizingu, članovi 1260–1294. Izmene su učinjene uzimajući u obzir nacionalna prava, unifikovana pravila i pravila Evropske unije. U tekstu Prednacrta navodi se da je izdavački ugovor regulisan u ZASP Republike. Kaže se da je to učinjeno detaljnije nego što je ranije bilo određeno, te da će javna diskusija o Nacrtu dovesti do još boljih rešenja. Nama se čini da je mesto tog ugovora u autorskom pravu, dok ako se smatra da bi nešto trebalo da se uzme iz Prednacrta za potrebe pomenutog ugovora to se može učiniti vrlo lako. Švajcarski zakon o obligacijama u članovima 380–393 ima odredbe o izdavačkom ugovoru. Ugovor o saradnji u poljoprivredi i ugovor o distribuciji jesu veoma značajni ugovori u prometu robe i usluga, i predstavljaju novine u pravom smislu reči u Prednacrtu, i u samom pravnom sistemu Republike Srbije.

U odredbama Prednacrta, u uvodnim odredbama, članovi 1–21, u članu 6, sankcionisana je autonomija volje, dok je u članu 167 stavovima 1, 2, 3 sankcionisana sloboda ugovaranja, te u članu 214 stav 1, neformalnost ugovora, u kome se predviđa da zaključenje ugovora ne podleže nikakvoj formi, izuzev kada se zakonom naročito zahteva. Nama se čini da načelo formalizma, autonomije volje i slobode ugovaranja treba da stoje zajedno u ugovornom pravu. U Prednacrtu, u članu 15, kod neposredne primene načela pravičnosti, veli se da ako nema uslova za primenu zakonske analogije primeniće se, u skladu sa osnovnim načelima zakonika, rešenje koje je u datim okolnostima pravično. Vrlo dobro je to sročeno, čime se doprinosi civilizaciji prava.

U članu 604 Prednacrta, kod gašenja kamate, vraća se odredba ZOO iz prve redakcije iz 1978, iz člana 401, kada kamata prestaje teći. Kaže se da kamata prestaje teći kada svota dospelih, a neispunjenih kamata dostigne glavnicu. Članom 604 predviđeno je da kamata prestaje teći kad iznos dospelih a neisplaćenih kamata dostigne glavnicu. Nije mi poznato zašto je ta odredba brisana. Verujem da su i za to postojali razlozi. Nisam bio srećan zbog toga, jer sam bio duboko ubeđen da je takva odredba bila dobra, jer je štitila dužnika od ekonomskog uništenja. Pomenuta odredba je zaštitne prirode, pravne prirode i moralne prirode. Uveren sam u ispravnost te odredbe i stoga je valja i afirmisati i kultivirati, jer

doprinosi pravnoj sigurnosti učesnika u novčanim obavezama, i doprinosi pravičnom usavršavanju *par excellence* obligacija.

9

U Prednacrtu, kod ugovora o razmeni, u članu 782 stav 1, stoji da se ugovorom o razmeni svaka ugovorna strana obavezuje prema svom saugovorniku da prenese na njega svojinu neke stvari i da mu je u tu svrhu preda, a u stavu 2 kaže se da predmet razmene mogu biti i druga imovinska prava.

10

Prednacrt u članu 788 stavovima 1 i 2, kod ugovora o zajmu, propisuje u stavu 1 da se zajmoprimac može obavezati da uz glavnicu duguje i kamatu, a u stavu 2 da u privrednim ugovorima, zajmoprimac duguje kamatu iako ona nije ugovorena. U prvoj odredbi imamo običan ugovor o zajmu, jer zajmoprimac se može obavezati da uz glavnicu duguje i kamatu, ali ne mora. Naprotiv, u drugom slučaju, u privrednim ugovorima zajmoprimac duguje kamatu iako ona nije ugovorena, jer je u tom slučaju reč o profitabilnom ugovoru.

11

U članu 869 pPrednacrtu, kod ugovornog ograničenja ili isključenja odgovornosti davaoca lizinga, stoji da se odgovornost davaoca lizinga za pravne nedostatke predmeta lizinga ne može ugovorom ograničiti ili isključiti. Davalac lizinga naime ne može korisniku lizinga preneti stvar koja ima pravne nedostatke, na primer. ne može da prenese tuđu stvar. Navedena odredba jeste važna odredba, jer odgovara prirodi tog ugovora, te zato i ne dozvoljava da davalac lizinga ugovorom ograniči, ili isključi odgovornost za pravne nedostatke predmeta ugovora o lizingu. Drugim rečima, davalac lizinga ne može da ustupi predmet lizinga korisniku lizinga, tuđu stvar, ili stvar opterećenu nekim javnopravnim ograničenjem, ili zalogom, ili hipotekom, ili stvar prema kojoj treće lice ima neke pretenzije.

12

Znanje i iskustvo (*know-how*) zauzimaju zavidno mesto u Prednacrtu. Na primer, kod ugovora o licenci, član 1040, taj oblik prava industrijske svojine, odnosno prava intelektualne svojine, može biti i predmet tog ugovora, sa naznakom – tehničko znanje i iskustvo. Zatim, u članu 1260 stav 2, kod ugovora o franšizingu, navodi se da davalac franšize prenosi korisniku franšize isključivo pravo pro-

daje robe, ili vršenja usluga na određenoj teritoriji, pravo na korišćenje poslovnog imena davaoca franšize, pravo intelektualne svojine, pravo korišćenja komercijalnih, marketinških i tehničkih metoda poslovanja i znanje i iskustvo u poslovanju. U članu 1261 stav 3, kao jedan od bitnih elemenata ugovora o franšizingu, navodi se način prenosa i sadržina poverljivih, suštinskih i neotkrivenih podataka čiji je nosilac davalac franšize, a koje se prenose korisniku franšize kao prednosti franšiznog sistema (komercijalne, marketinške i tehničke metode poslovanja, znanje i iskustvo/*know-how*). U članu 1272, kod prenosa prava i dokumenata i obaveza obaveštavanja korisnika franšize, kaže se da je davalac franšize u obavezi da, u skladu sa ugovorom o franšizingu, korisniku prenese pravo korišćenja objekata prava intelektualne svojine, čiji je nosilac, da preda tehnička i komercijalna dokumenta koja sadrže metode poslovanja i *know-how* davaoca franšize i da pruža sva potrebna obaveštenja za korišćenje tih prava i veština, a sa ciljem uključivanja korisnika u poslovnu mrežu davaoca franšize. Članom 1273, kod obaveza o obaveštavanju o unapređenjima u poslovanju, predviđa se da je davalac franšize obavezan da u toku trajanja ugovora korisnika franšize obaveštava o svim promenama u statusa prava intelektualne svojine i omogući korisniku franšize dalje korišćenje tih prava, kao i da obaveštava korisnika franšize o svim unapređenjima komercijalnih i tehničkih metoda poslovanja i *know-how* do kojih je došao u poslovanju, kao i da mu omogući korišćenje tih unapređenja. U članu 1277 stav 1, kod obaveza pridržavanja uputstva i čuvanje poverljivih podataka, stoji da je korisnik franšize obavezan da preneti prava, ovlašćenja, metode poslovanja i *know-how* koristi na način predviđen ugovorom, u svoje ime i za svoj račun, u ugovorenom obimu i na ugovorenoj teritoriji, u skladu sa uputstvima i zahtevima davaoca franšize. Potom, u članu 1282, kod naknade za ustupljena prava i izvršene usluge, ističe se da je korisnik franšize dužan davaocu franšize da plaća naknadu za korišćenje prenetih prava, ovlašćenja, metoda poslovanja, *know-how*, kao i za izvršene usluge davaoca franšize u vreme i na način kako je određeno ugovorom o franšizingu. U članu 1294 stav 2, kod posledice prestanka ugovora o franšizingu, kaže se da je korisnik franšize dužan da prestane da u pravnom prometu koristi prava intelektualne svojine, da davaocu franšize vrati sva dokumenta koje sadrže *know-how* davaoca franšize, kao i da vrati svu opremu i podatke vezane za franšizni sistem.

Prednacrt u članovima 744–754, kod prodaje sa pravom preče kupovine, brižljivo razlikuje prodaju sa pravom otkupa članovi 755–763. Ističemo to, jer se u članu 744, kod pojma prodaje sa pravom preče kupovine, navodi da se ugovornom odredbom o pravu preče kupovine obavezuje kupac da izvesti prodavca o

nameravanoj prodaji stvari određenom licu, kao i o uslovima te prodaje, i da mu ponudi da on stvar kupi za istu cenu. U članu 755, kod istog pojma, stoji da prodavac može posebnom odredbom ugovora zadržati za sebe pravo da se raskine ugovor i uzme stvar natrag, a kupcu vrati cenu (pravo otkupa). U Zakonu o obveznim odnosima Republike Hrvatske nije načinjena takva razlika, jer ima odredbe članova 449–455 samo za kupoprodaju sa pravom prvokupa, kao i ZOOK u članovima 510–516, jer ima odredbe samo o prodaji sa pravom prvokupa. Navedeni zakoni samo imaju odredbe o prodaji sa pravom preče kupovine. Mislimo da ovde imamo dva posebna ugovora o prodaji.

14

Prednacrtom, kad okolnosti slučaja zahtevaju, pažljivo je sankcionisano pravo intelektualne svojine u delovima koji se odnose na sve oblike prava industrijske svojine i nešto o autorskom pravu. Član 959, kod pojma ugovora o delu, predviđa, na primer, da se ugovorom o delu obavezuje poslenik (preduzimač, izvođač radova) da obavi određen posao, kao što je izrada ili ispravka neke stvari, ili izvršenje nekog fizičkog ili intelektualnog rada i slično, a naručilac se obavezuje da mu za to plati nagradu. U članu 961, kod tumačenja ugovora o delu, kaže se da pošto predmet ugovora o delu može biti ne samo izrada ili opravka neke stvari, nego i izvršenje raznovrsnih radova, fizičkih, intelektualnih ili umetničkih, to se pri tumačenju pojedinih ugovora uzimaju u obzir, pored opštih pravila, i običaji i uzance koji važe za pojedine aktivnosti. Potom se u članu 1040, kod pojma ugovora o licenci, određuje šta može da bude predmet tog ugovora. Uistinu, predmet tog ugovora mogu da budu svi oblici prava industrijske svojine, odnosno deo prava intelektualne svojine. Kažemo to, jer se u pomenutom članu navodi da se ugovorom o licenci obavezuje davalac licence da sticaocu licence ustupi, u celini ili delimično, pravo iskorišćavanja pronalazaka, tehničkog znanja i iskustva, patenta, dizajna, žiga, uzorka ili modela, a sticalac licence se obavezuje da mu za to plati određenu naknadu. U članu 2055 stav 3, kod primene drugih propisa, stoji da se odredbe tog zakona primenjuju na zalogu prava intelektualne svojine, a zaloga na tim pravima upisuje se u registar zavoda nadležnog za intelektualnu svojinu i to registar žigova, registar patenata, registar malih patenata, registar modela, registar uzoraka, registar geografskih oznaka porekla i registar topografije. Dalje, u članu 1247, kod obaveze obaveštavanja snabdevača tokom trajanja ugovora, navodi se da je tokom trajanja ugovora distributer obavezan da obaveštava snabdevača, naročito o svojim aktivnostima koje se odnose na izvršenje ugovora o distribuciji, tržišnim uslovima i konkurenciji, zahtevima trećih lica u vezi sa pravima intelektualne svojine snabdevača, povredama povodom prava intelektualne

svojine snabdevača od strane trećih lica i o važećim propisima na određenoj teritoriji relevantnim za izvršenje ugovora o distribuciji. U članu 1261 stav 2, takođe je određeno da je jedan od bitnih elemenata ugovora o franšizingu vrsta, obim i trajanje zaštite prenetih prava čiji je nosilac davalac franšize (poslovno ime, žig, autorska prava, dizajn i druga prava intelektualne svojine). Zatim, u članu 1262 stav 2, kod forme i registracija, stoji da ugovor o franšizingu, kao i njegove izmene, dopune, obnova i prestanak registruju se u skladu sa posebnim zakonom u registru Zavoda za intelektualnu svojinu Republike Srbije. Članom 1283, kod obaveze obaveštavanja davaoca franšize tokom trajanja ugovora o franšizingu, određeno je da je korisnik franšize dužan da obaveštava davaoca franšize tokom trajanja ugovora. Navodi se, takođe, da je tokom trajanja ugovora o franšizingu korisnik franšize dužan da obaveštava davaoca franšize o svojim aktivnostima u izvršavanju ugovora o franšizingu, o promenama na tržištu, kao i o uočenim povredama prava intelektualne svojine snabdevača na teritoriji korisnika franšize. Članom 2418, kod prava intelektualne svojine, predviđeno je da imovina stečena korišćenjem prava intelektualne svojine u toku trajanja zajednice života u braku predstavlja zajedničku imovinu.

15

Prednacrtom u raznim slučajevima i situacijama sankcionisane su pravičnost i pravična naknada. U uvodnim odredbama, u članu 15, kod neposredne primene načela pravičnosti, propisano je da ako nema uslova za primenu zakonske analogije primeniće se, u skladu sa osnovnim načelima zakona, rešenje koje je u datim okolnostima pravično. I u članu 273 stav 5, kod raskida ili izmene ugovora zbog promenjenih okolnosti, sud neće raskinuti ugovor ako druga strana pristane da se odgovarajući uslovi ugovora pravično izmene. U članu 2821 stav 3, kod zelenaškog ugovora, navode se „nepravični uslovi” i „pravična izmena”, a u stavu 1 tog člana stoji naime da kad jedna ugovorna strana, koristeći stanje nužde, ili teško imovinsko stanje druge strane, njeno nedovoljno iskustvo, lakomislenost, zavisnost, ili neku drugu sličnu okolnost, ugovori za sebe, ili za nekog trećeg, korist koja je u očiglednoj nesrazmeri sa onim što je ona drugoj strani dala ili učinila, ili se obavezala dati ili učiniti, ili uopšte ugovori očigledno nepravične uslove, onda druga strana može zahtevati da ugovor bude poništen, ili da joj se vrati ono što je dala, ili, ako je to moguće, da sud smanji njenu obavezu na pravičan iznos. U stavu 3 istog člana kaže se da sud neće poništiti ugovor ako tuženi ponudi dopunu svoje obaveze do srazmernog iznosa, ili koju drugu odgovarajuću pravičnu izmenu ugovora. U članu 360 stav 1, kod pravične novčane naknade, propisuje se da za pretrpljene fizičke bolove, za pretrpljene duševne bolove zbog umanjene životne aktivnosti, naruženosti, povrede ugleda, časti, slobode ili prava ličnosti,

smrti bliskog lica, kao i za strah, sud će, ako nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina bolova i straha i njihovo trajanje to opravdava, dosuditi pravičnu novčanu naknadu, nezavisno od naknade imovinske štete, kao i u njenom odsustvu. Zatim, u članu 1167, kod visine naknade, kaže se da, ako drugačije nije ugovoreno, nalogodavac duuguje naknadu u uobičajenoj visini, a ako o tome nema običaja, onda pravičnu naknadu. I u članu 11902, kod visine naknade, stoji da ako je u datom slučaju naknada nesrazmerno velika prema obavljenom poslu i postignutom rezultatu, sud može, na zahtev komitenta, sniziti na pravičan iznos. Članom 1951, kod nesrazmerne koristi i tereta, određuje se da će, u tom slučaju, sud dosuditi sopstveniku poslovnog dobra, na njegov zahtev, pravičnu naknadu. Potom, u članu 1976 stav 2, kod prirodnih plodova, veli se da sopstvenik poslužne stvari ima pravo da zahteva pravičnu naknadu izdataka (impensae, troškova) uložених u stvaranju plodova, pod uslovom da njihov iznos ne prelazi vrednost plodova. U članu 2034 stav 3, kod prestanka prava građenja pre vremena, stoji da pravična naknada koju je sopstvenik dužan isplatiti imaocu ne može biti manja od polovine iznosa za koji je vrednost (cena) zemljišta uvećana građenjem zgrade. Članom 2039 stav 1, kod naknade, predviđeno je da je sopstvenik poslužnog zemljišta dužan isplatiti pravičnu naknadu imaocu prava građenja za zgrade koje je sazidaо (izgradio). Osim toga, u članu 2801 stav 3, kod raskida ugovora zbog poremećenih odnosa, veli se da ako je do raskida došlo zbog krivice jedne strane, druga strana ima pravo na pravičnu naknadu.

Prednacrtom unosi se sa pravom bitna povreda ugovora kao uslov za raskid ugovora zbog neispunjenja. Navedeno je to u članu 264 stavovima 1, 2, 4, kod bitne povrede ugovora. Stavom 1 tog člana određeno je da poverilac može izjaviti da raskida ugovor kad neispunjenje obaveze predstavlja bitnu povredu ugovora; dok se u stavu 2 istog člana kaže: kad bitna povreda postoji. Zato se tu i kaže: bitna povreda ugovora postoji kad neispunjenje ugovorne obaveze od strane dužnika prouzrokuje takvu štetu poveriocu koja ga suštinski lišava koristi koju je od ugovora opravdano očekivao ili usled koje se za poverioca svrha ugovora ne može ostvariti. U stavu 4 navedenog člana se, takođe, veli da u slučaju bitne povrede ugovora, poverilac nije dužan ostavljati dužniku naknadni rok. Predviđa se potom, u članu 269 stavovima 1 i 2, kao alternativa stavu 1, kod raskida ugovora sa uzastopnim obavezama, da kada u ugovoru sa uzastopnim obavezama ispunjenje bilo koje obaveze dužnika predstavlja bitnu povredu ugovora, poverilac može izjaviti da raskida ugovor u odnosu na tu obavezu; dok u stavu 2 stoji da kad zbog neispunjenja bilo koje obaveze dužnika poverilac osnovano zaključi da će doći do bitne povrede ugovora u odnosu na buduće obaveze, poveri-

lac može izjaviti da ugovor raskida za ubuduće, pod uslovom da to učini u razumnom roku. Čini se da je alternativa bolja zbog „razumnog roka” i drugih razloga. U članu 703 stav 1, kod slučaja kad nedostatak predstavlja bitnu povredu ugovora, kaže se da kupac može izjaviti da raskida ugovor kad postojanje materijalnog nedostatka predstavlja bitnu povredu ugovora. I u članu 1257 stav 1, kod raskida zbog neispunjenja ugovora, kaže se da se ugovor o distribuciji može raskinuti samo u slučaju bitne povrede ugovora. Članom 1292,1, kod raskida ugovora zbog neispunjenja ugovorne obaveze, propisuje se da se ugovor o franšizingu može raskinuti samo usled bitne povrede ugovornih obaveza. U članu 1365 stav 1, kod raskida zbog nesaobraznosti, predviđa se da ako organizator putovanja u primerenom roku ne može otkloniti bitnu nesaobraznost u turističkom putovanju, putnik može da raskine ugovor.

17

Prednacrtom se, u uvodnim odredbama, zabranjuje zloupotreba prava. Čini se to u članu 20, kome se i kaže: zabranjeno je vršenje prava u nameri da se drugome škodi, kao i svako drugo njegovo vršenje koje je protivno svrsi radi koje je ustanovljeno ili priznato. U članu 1399 stavovima 1, 2, 3, 4, kod klauzule o zloupotrebi (nepoštene klauzule), u stavu 1 sankcionišu se ugovorene klauzule, koje su u suprotnosti sa principima savesnosti i poštenja, a stavom 2 sankcionišu se nepoštene klauzule, kod ugovora o osiguranju, stavom 3 sankcionišu se klauzule koje ograničavaju ili menjaju pokriće, u stavu 4 klauzule za koje se smatra da nije potrebno da strane unapred pregovaraju posebno. Zatim, u članu 1699, kod zloupotreba prava svojine, kaže se da je zabranjeno vršenje prava svojine u (isključivoj) nameri da se drugome škodi (naškodi), kao i svako drugo (njegovo) vršenje prava koje se ne slaže sa svrhom radi kojeg je uspostavljeno. U članu 2219 stav 5, kod roditeljskog prava, stoji da je zabranjena zloupotreba roditeljskog prava; u članu 2371 stav 1, kod slučajeva razrešenja staralaca, veli se da je organ starateljstva dužan da bez odlaganja razreši staraoca, ako utvrdi da je staralac iz bilo kog razloga prestao da obavlja dužnost, ili da zloupotrebljava prava, odnosno da grubo zanemaruje dužnosti staraoca, ili da je nastupila neka okolnost zbog koje on ne bi mogao biti postavljen za staraoca.

18

Odredbom u članu 150, kod opasne stvari, određuje se pojam te stvari i kaže se da pokretna ili nepokretna stvar, čiji položaj ili upotreba, ili osobine, ili samo postojanje predstavlja povećanu opasnost štete za okolinu jeste opasna stvar. Nešto od toga postoji i u članu 316 stavovima 1 i 2, kod odgovornosti

sopstvenika stvari i vršioca delatnosti. U stavu 1 navodi se da sopstvenik stvari, pokretnih ili nepokretnih, čiji položaj ili upotreba, ili osobine, ili samo postojanje predstavljaju povećanu opasnost za štetu za okolinu (opasne stvari) odgovara za štetu koja potiče od njih, bez obzira na krivicu, a u stavu 2 istog člana veli se da vršilac delatnosti koja predstavlja povećanu opasnost štete za okolinu (opasna delatnost) odgovara za štetu koja potiče od te delatnosti, bez obzira na krivicu. U Zakonu o obligacionim odnosima Republike Crne Gore u članu 167 stavovima 1 i 2, kod pojma opasne stvari i delatnosti, određuju se, takođe, navedeni pojmovi.

ZAKLJUČAK

Izradom Prednacrtu popunjava se praznina u pravnom poretku Republike Srbije. Pre nekoliko godina je naime profesor dr Slobodan Perović, na jednoj sednici Kopaoničke škole prirodnog prava, obećao izradu gGrađanskog zakonika Republike Srbije. Od 2007. do 2012. godine izrađeno je pet svezaka pojedinih delova Građanskog zakonika. Godine 2015. izrađena je celina budućeg gGrađanskog zakonika, što predstavlja ogroman trud i napor svih onih koji su doprineli pisanju tog velikog kodifikatorskog dela. Prednacrt osim pozitivnih efekata na pravni sistem Republike Srbije verovatno će imati uticaja na izradu građanskih zakonika u svim državama koje su nastale na teritoriji bivše SFRJ a i šire, ako se usvojeni tekst prevede na engleski jezik ili na druge jezike.

Imajući u vidu dobre osobine Prednacrtu verujemo da će predložene odredbe uticati na rast nivoa pravnog sistema Republike Srbije, te da će doprineti pravnoj sigurnosti u pravnom prometu. Zakonik će, takođe, imati uticaj na modernizovanje samog pravnog stanja u Republici Srbiji. Razume se da sve to ne treba glorifikovati, niti nenormalno primiti, jer će se vremenom verovatno inicirati neke izmene i dopune tog zakona. **Valjalo bi prihvatiti te izmene, ne suprotstavljati se tome, oslanjajući se na pravilo da nema "večnih pravila".** Opisani Prednacrt jeste odraz savremenog prava i unifikovanih pravila prava EU i šire, jer se vazda dešavaju promene pod uticajem razvoja osnova društva i njene superstrukture.

Građanski zakonik čini veliku vrednost u biću pravnog sistema Republike Srbije. Verujemo da će to i vreme dokazati, jer rešenja data u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije Prednacrtu jesu savremena, sveobuhvatna i dobra. Vremenom će eventualno biti potrebno da se unesu neke promene, čime će se prilagoditi datom periodu i time još više dobiti na kvalitetu. Neophodno je napomenuti da je vrlo značajno da je posle usvajanja u Skupštini Republike Srbije, potrebno raditi na dobroj primeni tog zakonika, kao što je potrebno ne opravdavati loše primene pojedinih odredaba zakonika. Valjalo bi raditi na tome da se izbegne opravdavanje voluntarizma u primeni zakonika, ili pravdanje da je Republika

Srbija država u tranziciji, ili partijnost u primeni, ili nereagovanje u povredi pojedinih odredaba, od uticanjih grupa, klanova i slično .

Budući Građanski zakonik, može se sa pravom reći, označava veliki događaj u ovom pravnom sistemu i predstavlja odgovornost od bitnog značaja. Veliki događaj jeste stoga što se donosi zamašno kodifikatorsko delo. Odgovornost jeste značajna, jer postoje ogromna želja i ubeđenje da uspe navedena kodifikacija.¹

ALAJDIN ALISHANI, LL.D.,
Professor, Faculty of Law,
University "Hasan Priština"

A FEW WORDS ON THE DRAFT OF CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

With the draft of Civil Code of the Republic of Serbia has ended a tremendous job in the legal system of this country. This codification work is the second in a row after 1844 when it passed the first civil law of Serbia. It is understood that the first civil code was visibly under the influence of the Civil Code of Austria, while this Civil Code is the result of the development of legal thought in Serbia and abroad, as well as a result of the impact of modern law and unified rules of the European Union and beyond. Also, this work is the result of the development of judicial practice in the Republic of Serbia and other national laws and international law. The beginning of the work is initiated at Kopaonik school of natural law by Prof. Dr. Slobodan Perovic. This is done systematically until the proposal for the establishment of the Commission for drafting the Civil Code. The Commission has prepared the 2015 draft, which was released for public discussion with alternative proposals.

Solutions, terminology, completeness, tradition and modernity are the virtues of this work of codification and they meet the needs of the legal system of the Republic of Serbia. Terminology is a modern but without neglecting tradition, which is very rich. The draft includes what civil codes include. There are parts that are traditional, as well as new flows of civil law. It must be said that there are things that are new and things that are for discussion. But this we take as normal in these works. However, as a whole draft is at a high level, and not behind the big codifications.

¹ Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, 29. 5. 2015, Beograd 2015, Zakon o obligacionim odnosima Republike Crne Gore, Službeni list CG 4/08 od 7. 8. 2008, 04/11 od 11. 1. 2011, Ligji per marredhenjet e detyrimeve I Kosoves, GZRK Nr. 16, 19. 6. 2012, Prishtine 2012, Kodi Civil I RSH, Tirane 2012, Code Civil, 103 edition Dalloz, Pariz 2004, Petar Klarić, Zakon o obveznim odnosima, NN, Zagreb, Dr Slobodan Perović, Zakon o obligacionim odnosima, 18. izdanje, SG, Beograd 2009, Dr Kiril Čavdar – Dr Kimo Čavdar, Zakon za obligacionite odnosi, Skopje 2012, Švajcarski zakon o obligacijama, IUP, serija E br. 57 Beograd 1976

POSLOVNA SPOSOBNOST I NJENO LIŠENJE U SRPSKOM PRAVU U SVETLU KONVENCIJE O PRAVIMA OSOBA SA INVALIDITETOM

U V O D

Usvajanjem Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom¹ (u daljem tekstu: Konvencija) učinjena je značajna promena u sagledavanju prava čoveka i tretmanu društvene ranjivosti. Ova promena se, međutim, ne sastoji u predviđanju korpusa novih ljudskih prava koja ne postoje u drugim međunarodnim dokumentima iz ove oblasti, nego u utvrđivanju kakve su obaveze država s obzirom na postojeća prava za koje je uočeno da se učestalo krše ili uskraćuju osobama sa invaliditetom.² Cilj donošenja Konvencije su osiguranje i zaštita punog i jednakog uživanja svih ljudskih prava i osnovnih sloboda osobama sa invaliditetom,³ bez

Dr Dragica Živojinović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu. Rad je napisan u okviru projekta Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu "Usklađivanje pravnog sistema Srbije sa standardima Evropske Unije", koji se finansira iz sredstava Fakulteta.

¹ United Nations General Assembly, *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, New York, 2006.

² Više o ovome videti, United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, *From Exclusion to Equality, Realizing the Rights of Persons with Disabilities*, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, Geneva 2007, p. 5-6.

³ Pod osobama sa invaliditetom smatraju se one koje imaju dugotrajna fizička, mentalna, intelektualna ili čulna oštećenja koja u interakciji sa raznim preprekama mogu ometati njihovo puno i efikasno učešće u društvu na jednakoj osnovi sa drugima. Videti čl. 1 Konvencije.

diskriminacije bilo koje vrste. Njegovo utvrđivanje utemeljeno je na načelima Povelje Ujedinjenih nacija kojima se priznaju urođeno dostojanstvo i vrednost, jednakost i neotuđivost prava svakog člana ljudske porodice, pa i osobama sa invaliditetom.

Polazište u predviđanju obaveza država potpisnica u vezi sa ostvarivanjem prava osoba sa invaliditetom zastupljeno u Konvenciji, a koje opredeljuje njen kompletan ton, je što se invaliditet ne posmatra kao lično svojstvo, nedostatak ili nesposobnost, već kao "razvojni koncept koji proizilazi iz interakcije lica sa oštećenjima i barijera u ponašanju i okruženju kojima se onemogućava njihovo puno i delotvorno učešće u društvu ravnopravno sa drugima".⁴ Invaliditet se, dakle, ne sagledava kao mana ili hendikep, nego kao deo čovečanstva i ljudske raznolikosti, pa se akcenat u prevazilaženju problema invaliditeta prebacuje na zajednicu i države koje imaju odgovornost da uklone prepreke koje sprečavaju pojedince da u pravima i slobodama imanentnim svakom čoveku uživaju potpuno i nesmetano. Ovakvo posmatranje invaliditeta iz temelja menja duboko ukorenjene stavove o potrebama lica sa invaliditetom, njihovoj vrednosti i položaju u društvu, ali i odnosu svih društvenih subjekata prema njima.

Jedna u nizu dužnosti koje su na sebe preuzele države potpisnice Konvencije je preduzimanje mera za ostvarivanje *ravnopravnosti pred zakonom* osoba sa invaliditetom. U ovom smislu, prema čl. 12 Konvencije, one potvrđuju i obavezuju se na sledeće: 1) da osobe sa invaliditetom imaju pravo da svuda budu priznate pred zakonom, kao i druga lica; 2) da će im se priznati ostvarivanje pravnog kapaciteta na jednakoj osnovi kao i drugim licima, u svim aspektima života; 3) da će im se omogućiti dostupnost podrške koja im može biti potrebna u ostvarivanju njihovog pravnog kapaciteta; 4) da će obezbediti da se merama koje se odnose na ostvarivanje pravnog kapaciteta predvide odgovarajući i delotvorni zaštitni mehanizmi kojima će se sprečavati moguća zlopupotreba. Takvi zaštitni mehanizmi obezbediće da se merama koje se odnose na ostvarivanje pravnog kapaciteta poštuju prava, volja i sklonosti osobe, da ne dođe do sukoba interesa i neprimerenog uticaja, da budu proporcionalne i prilagođene okolnostima odnosne osobe, da se primenjuju u najkraćem mogućem vremenu i da podležu redovnom preispitivanju nadležnog, nezavisnog i nepristrasnog organa ili sudskog tela. Zaštitni mehanizmi biće proporcionalni stepenu u kojem takve mere utiču na prava i interese osobe; 5) da će preduzeti odgovarajuće i efikasne mere radi osiguranja jednakih prava osoba sa invaliditetom da poseduju i nasleđuju imovinu, kontrolišu svoje finansije, imaju jednak pristup bankovnim kreditima, hipotekarnim zajmo-

⁴ Videti Preambulu Konvencije, tačka (e).

vima i drugim oblicima finansiranja, kao i da ne budu bez vlastite volje (arbitrer-no) lišene svoje imovine.⁵

Ispunjenje obaveze priznanja pravnog kapaciteta osoba sa invaliditetom pokrenulo je opširnu raspravu u stručnoj literaturi i iniciralo brojne zakonodavne aktivnosti usmerene ka reformisanju nacionalnih propisa kojima se reguliše poslovna sposobnost fizičkih lica, i to posebno odredbi o njenom lišenju, starateljskoj zaštiti i njenim ciljevima. Razlog tome je što su punoletne osobe sa mentalnim, intelektualnim ili čulnim oštećenjima, a zbog uticaja tih oštećenja na sposobnost za rasuđivanje, najčešće lišavane poslovne sposobnosti i time onemogućavane u ravnoravnom ostvarivanju svog pravnog kapaciteta u svim aspektima života, što je praksa čije napuštanje se Konvencijom zahteva.

Odgovor na pitanje, zašto reforma postojećih sistema poslovne sposobnosti je sasvim jasan - ova sposobnost nije značajna samo za samostalno stupanje u ugovorne odnose u cilju sticanja ili prenošenja imovinskih prava, već je ona preduslov ostvarivanja brojnih drugih građanskih, političkih, ekonomskih, socijalnih i kulturnih prava kakva su: pravo glasa, pravo na sklapanje braka, roditeljska prava, prava na promenu ličnog imena, pravo na određivanje mesta prebivališta, pravo na saglasnost ili odbijanje lekarske intervencije, pravo na udruživanje, na pristup pravosuđu itd. U literaturi se ovim povodom ističe da priznavanje poslovne sposobnosti osobama sa invaliditetom predstavlja značajan činioac njihove pune društvene inkluzije, kao antipod njihove dosadašnje društvene marginalizacije⁶ i put njihovog sagledavanja ne kao "objekata zaštite", već kao "subjekata prava".⁷

Republika Srbija je potpisala i ratifikovala Konvenciju,⁸ čime je ona postala sastavni deo unutrašnjeg pravnog poretka.⁹ Imajući ovo u vidu, cilj ovog rada je razmatranje da li je srpski sistem poslovne sposobnosti i starateljske zaštite punoletnih lica kojima je ona oduzeta ili ograničena usklađen sa Konvencijom¹⁰ i gde

⁵ Videti čl. 12 Konvencije.

⁶ Marković M M., *Poslovna sposobnost kao univerzalno ljudsko pravo i determinanta društvenog položaja lica sa mentalnim invaliditetom*, Stanovništvo 2012, br. 2, str. 68.

⁷ Petrušić N., *Postupak za lišenje poslovne sposobnosti u pravu Srbije u kontekstu međunarodnih standarda o pravima osoba sa invaliditetom*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu 2015, knjiga 54, br. 70, str. 904.

⁸ Zakon o potvrđivanju Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom (Sl. glasnik RS – Međunarodni ugovori", br. 42/2009).

⁹ Videti čl. 194, st. 4 Ustava Republike Srbije, ("Službeni glasnik RS", br. 98/2006.)

¹⁰ Shodno čl. 194, st. 5 Ustava RS, potvrđeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava ne smeju biti u suprotnosti sa Ustavom, dok zakoni i drugi opšti akti doneti u Srbiji ne smeju biti u suprotnosti sa potvrđenim međunarodnim ugovorima i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.

se on nalazi u odnosu na takve sisteme ustanovljene u pojedinim evropskim državama njenim potpisnicama; i ako nije, u kojim segmentima treba preduzimati njegovu reformu. Analizu srpskog sistema poslovne sposobnosti sprovedemo iz ugla postojećih zakonskih rešenja, kao i onih sadržanih u Nacrtu Građanskog zakonika RS.

*Poslovna sposobnost i priznanje pravnog kapaciteta
osobama sa invaliditetom*

Uslovi za sticanje poslovne sposobnosti u srpskom pravu, kao i razlozi i obim njenog oduzimanja punoletnim licima, utvrđeni su Porodičnim zakonom (u daljem tekstu: PZ). Shodno ovom zakonu, ona se stiče punoletstvom, tj. sa navršenih 18 godina života, ili pre toga, putem emancipacije.¹¹¹² Ostvarenjem identičnog objektivnog uslova – navršavanjem pomenutog uzrasta, i prema Nacrtu Građanskog zakonika RS¹³ (u daljem tekstu: Nacrt GZRS) stiče se potpuna poslovna sposobnost. Istovetni su i uslovi za njeno sticanje pre punoletstva – emancipacijom. Mada se i PZ i Nacrtom GZRS predviđa samo objektivni kriterijum za postojanje ove sposobnosti, u pravnoj teoriji i praksi nesporno je da ona podrazumeva i određeni mentalni kapacitet koji se kod nas naziva sposobnost za rasuđivanje.

Šta se smatra pod poslovnom sposobnošću, PZ nije utvrđeno. U Nacrtu GZRS je, međutim, sadržana njena definicija. Ona se ovde određuje kao sposobnost nekog lica da sopstvenim izjavama volje stiče, menja, prenosi, gasi i štiti građanska prava.¹⁴ Na sličan način ova sposobnost se pojmovno određuje u domaćoj građanskopravnoj teoriji – kao “sposobnost zaključivanja pravnih poslova, odn. davanja izjava volje koje proizvode građanskopravna dejstva, tj. nastanak, prenos, promenu ili prestanak subjektivnih građanskih prava”;¹⁵ “sposobnost da se svojim izjavama volje stiču prava i obaveze i uopšte preduzimaju pravne radnje”;¹⁶

¹¹ Videti čl. 11 Porodičnog zakona, (“Službeni glasnik RS”, br. 18/2005.)

¹² Sklapanjem braka pre punoletstva ili ukoliko je maloletnik postao roditelj, a navršio je 16 godina života i dostigao telesnu i duševnu zrelost potrebnu za samostalno staranje o sopstvenoj ličnosti, pravima i interesima. U oba slučaja za sticanje potpune poslovne sposobnosti sud daje dozvolu.

¹³ Nacrt GZRS, dostupan na adresi: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, pristup, 13.06.2016.

¹⁴ Videti čl. 29. st. 2 Nacrta GZRS.

¹⁵ Stanković O., Vodinelić V., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1996, str. 56-57.

¹⁶ Gams A., Đurović M LJ., *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1994, str. 72.

“sposobnost nekog lica da svojim radnjama stiče prava i obaveze, tj. realizuje svoju pravnu sposobnost”¹⁷ itd.

I u uporednopravnoj teoriji figuriraju manje-više identične definicije poslovne sposobnosti. Ona se određuje kao “sposobnost nekog lica da svojim radnjama stiče prava za sebe ili druge, ili preuzima obaveze”.¹⁸ Sa ovim u vezi, naglašava se potreba pravljenja jasne razlike između poslovne sposobnosti (*activ legal capacity*, *legal capacity to act under the law*) i sposobnosti za rasuđivanje (*mental capacity*), posebno iz razloga što su ova dva pojma često povezana pojedinim zakonskim odredbama.¹⁹ Ovim povodom, a u kontekstu zaštite prava lica sa invaliditetom, ističe se da se pojam sposobnosti za rasuđivanje pod kojim se podrazumeva sposobnost razumevanja, pamćenja, obrade i odmeravanja informacija i saopštavanja odluke, odnosi na psihološku sposobnost pojedinca koja može biti različitog varijabiliteta među humanom populacijom; dok je pojam poslovne sposobnosti pravna kategorija, jedna od sposobnosti koje čine *pravni status* fizičkog lica.²⁰

U savremenim zakonodavstvima i pravnoj teoriji nesporno je da poslovna sposobnost nužno podrazumeva priznanje pravne sposobnosti (*pasiv legal capacity*, *legal capacity to be a holder of rights*)), jer da bi neko lice svojim izjavama volje moglo proizvoditi kakva pravna dejstva, ono mora posedovati sposobnost (mogućnost) da bude nosilac prava i obaveza.²¹ Pravna sposobnost se stiče rođenjem,²² a prestaje smrću fizičkog lica ili proglašenjem nestalog lica za umrlo, pod uslovima i prema postupku uvrđenim zakonom. Sva ljudska bića poseduju isti kvalitet i obim ove sposobnosti.²³ Ona ne može biti predmet oduzimanja, ni pod kakvim uslovima. Poslovna sposobnost prestaje na identičan način kao i

¹⁷ Stojanović D D., *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1990, str. 122.

¹⁸ Umesto svih videti, Hoffman I., Könczei G., *Legal Regulations Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civil Code*, Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review 2010, vol. 33, no.143, p. 147.

¹⁹ Richardson G., *Mental Disabilities and the Law: From Substitute to Supported Decision-Making?* Current Legal Problems 2012, no. 65, p. 1-22.

²⁰ Martin W., Michalowski S., Jütten T., Bruch M., *Achieving CRPD Compliance, Is the Mental Capacity Act of England and Wales Compatible with the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities? If not, what next?* An Essexs Autonomy Project Position Paper, 2014, p. 14.

²¹ Stanković O., Vodinić V., *nav. delo*, str. 57.

²² Veliki broj savremenih zakonodavstava priznaje posebnu pravnu sposobnost začetom a nerođenom detetu, kao posledicu poštovanja njegovog prava na život. Više o ovome videti, Živojinović D., *Pravni položaj nerođenog deteta*, Kragujevac 2009, str. 8-14.

²³ Ovako sagledavanje pravne sposobnosti nije prirodno pravno stanje čoveka, nego je rezultat dostignutog stepena u razvoju prava i civilizacije uopšte.

pravna; međutim, dok ova druga ne može biti ni oduzeta ni ograničena, poslovna sposobnost može.

Budući da poslovna sposobnost obuhvata priznanje pravne sposobnosti, razmatranje usaglašenosti srpskog sistema poslovne sposobnosti sa obavezama koje je Srbija na pravnom nivou preuzela potpisivanjem Konvencije, nameće potrebu utvrđivanja šta se podrazumeva pod izrazom “pravni kapacitet” koji se u njenom tekstu koristi povodom obaveze priznanja ravnopravnosti pred zakonom osoba sa invaliditetom (čl. 12 Konvencije)? Da li se on odnosi samo na pojam pravne ili na pojam poslovne sposobnosti, onako kako su oni dati u srpskom i uporednom pravu?

Iako se u tekstu Konvencije pojam “pravni kapacitet” ne definiše, na osnovu sistematskog i ciljnog tumačenja njenih odredbi rekli bismo da se ovaj izraz odnosi na priznanje i pravne i poslovne sposobnosti; dakle, kako sposobnosti da se bude nosilac prava i obaveza, tako i sposobnost da se sopstvenim izjavama volje stiču prava i obaveze.²⁴ To znači da je Srbija shodno čl. 12 (2) Konvencije u obavezi da osobama sa invaliditetom obezbedi priznanje pravne i poslovne sposobnosti na jednakoj osnovi sa drugima, u svim aspektima života. Pitanje koje se iz ove konstatacije nameće je, kakve to konsekvence treba da ima po opstanak instituta lišenja poslovne sposobnosti koji postoji u srpskom pravu? Da li se Konvencijom negira opstanak ovog instituta, čime on postaje nepotreban, suvišan, prevaziđen, ili se pak sagledava kao zastareo, pa je potrebna njegova temeljna reforma?

Pristupi lišenju poslovne sposobnosti lica sa invaliditetom

U dosadašnjoj nacionalnoj praksi mogu se izdvojiti dva pristupa za procenu potrebe za lišenjem poslovne sposobnosti punoletne osobe.²⁵ Prvi je *statusni*, a drugi *kognitivni*. Prema prvom pristupu do lišenja poslovne sposobnosti dolazi na osnovu medicinskog nalaza. Dijagnostikovanje mentalnog poremećaja ili zaoštaloosti u psiho-fizičkom razvoju od strane medicinskih stručnjaka, bez uzimanja u obzir okolnosti koje takvo stanje proizvodi u društvenoj realnosti, vodilo je automatskom lišenju poslovne sposobnosti. Drugi, kognitivni (spoznajni) pristup, osniva se na proceni sposobnosti za donošenje odluke, odnosno sposobnosti za rasuđivanje odnosne osobe od strane sudije, odnosno veštaka.

Ovaj drugi pristup, koji je favorizovan u aktuelnim zakonskim rešenjima, deli se na dve podvarijante: model rezultata i funkcionalni model. Prema *mode-*

²⁴ Ovakvo značenje izrazu “pravni kapacitet” daje i Komitet za prava osoba sa invaliditetom, osnovan pod okriljem Ujedinjenih nacija. Videti, United Nations, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 19.05.2014, *General Comment No 1, Article 12: Equal Recognition before Law*, r. 3.

²⁵ Mc Sherry B., *Legal Sapacity under the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Journal of Law and Medicine 2012, vol. 20, no. 1, p. 23-24.

lu rezultata procena sposobnosti za rasuđivanje vrednuje se prema odlukama ili obrascu u donošenju odluka individue u pitanju. Tom prilikom ključni za procenu su rezultati koje konkretna odluka proizvodi, u poređenju sa efektima ranije donetih odluka ili društvenim normama (da li su one zdravorazumske).²⁶ Kod funkcionalnog modela procena postojanja sposobnosti za rasuđivanje (sposobnosti za donošenje odluke) je predmetno specifično orijentisana. U njenoj osnovi je uvažavanje činjenice da sposobnost za rasuđivanje neke osobe nije uvek istog kvaliteta, da je ona ne samo subjektivno nego i relativno determinisana,²⁷ odnosno da može varirati tokom životnog ciklusa, ali i zavisiti od složenosti odluke sa čijim donošenjem se pojedinac suočava, od okolnosti pod kojima je donosi i slično.²⁸ U tom smislu, ovu sposobnost treba procenjivati u datom trenutku u odnosu na konkretnu odluku.

U većini savremenih prava lišenje poslovne sposobnosti funkcioniše na primeni jednog od napred predstavljenih modela ili njihovoj kombinaciji. To pokazuje da postojanje mentalnog ili intelektualnog invaliditeta (a zbog postojanja dileme po pitanju prisustva sposobnosti za rasuđivanje), po pravilu, dovodi u pitanje postojanje poslovne sposobnosti te osobe, odnosno da sobom nosi pretpostavku da ona nije u stanju da proceni i shvati situacije u kojima se nalazi. Ovakva praksa se u stručnoj literaturi nastaloj nakon usvajanja Konvencije ocenjuje kao neprihvatljiva, ističe se da je ovakav pristup pravima osoba sa invaliditetom u osnovi pogrešan, pa i diskriminatorski, i da znači sistematsko zanemarivanje njihovog subjektiviteta i sposobnosti.²⁹ Navodi se da se takvim licima nakon lišenja poslovne sposobnosti postavljaju staratelji, koji će odlučivati umesto njih, ili u najboljem slučaju, davati pristanak na njihove odluke. U oba slučaja rezultat je isti – zamensko odlučivanje u čijoj je osnovi paternalistički pristup zaštititi lica sa invaliditetom, za rezultat ima pasivizaciju velikog broja ljudi, umesto da se razvijaju njihove sposobnosti da budu subjekti odlučivanja o sopstvenom životu.³⁰

²⁶ Ovaj pristup je dosta kritikovan i često dovođen u vezu sa davanjem pristanka na medicinsku meru. Naime, smatralo se da kada pojedinac odbije da prihvati ono što mu medicinski stručnjaci savetuju (prekine zdravstveni tretman ili psihijatrijsko lečenje), sud može proceniti da on nije sposoban da shvati ozbiljnost situacije, rizike i posledice, pa ga može lišiti poslovne sposobnosti.

²⁷ Ponjavić Z., *Pristanak deteta na medicinsku meru, Između autonomije i paternalizma*, Pravni život 2013, knjiga 564, br. 10, str. 91-106.

²⁸ Živojinović D., *Sposobnost za davanje pristanka na učešće u medicinskom istraživanju*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu 2014, br. 67, str. 126.

²⁹ Dhanda A., *Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past or Lodestar for the Future?* Syracuse Journal of International Law 2007, no. 34, p. 432.

³⁰ Commissioner for Human Rights, *Who Gets to Decide? Right to Legal Capacity for Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities* (Council of Europe), Strasbourg 2012, p. 7.

Lišenje poslovne sposobnosti u srpskom pravu

U pravu Srbije, razlozi lišenja poslovne sposobnosti utvrđeni su PZ, odnosno sadržani su u Nacrtu GZRS, dok je postupak lišenja regulisan Zakonom o vanparničnom postupku.³¹ Zbog ograničenog obima rada, postupkom lišenja poslovne sposobnosti nećemo se ovom prilikom baviti. Ipak, zbog potrebe sagledavanja pravca u kome se kreće naše zakonodavstvo po pitanju priznanja i zaštite prava osoba sa invaliditetom, na ovom mestu napomenuli bismo da je ovaj postupak nedavno pretrpeo izvesne promene u odnosu na ranije postojeća rešenja. Lišenje poslovne sposobnosti (u celosti ili delimično) sada predstavlja *meru zaštite* punoletnog lica, propisano je da sud ispituje da li su se stekli zakonski uslovi za njeno izricanje, određuje vreme za koje će se proveriti da li postoje razlozi za dalje trajanje izrečene mere koji ne može biti duži od 3 godine, a ukoliko je izrečena mera delimičnog lišenja poslovne sposobnosti sud je u rešenju dužan da na osnovu rezultata medicinskog veštačenja odredi vrstu poslova koje to lice može samostalno preduzimati pored poslova na čije vršenje je zakonom ovlašćeno³² itd.³³

Shodno PZ, punoletno lice može biti lišeno poslovne sposobnosti u celosti ili delimično. *Potpuno* može biti lišeno poslovne sposobnosti ono lice koje “zbog bolesti ili smetnji u psiho-fizičkom razvoju nije sposobno za normalno rasuđivanje”, usled čega nije u stanju da se samo stara o sebi i o zaštiti svojih prava i interesa.³⁴ Do *delimičnog* lišenja poslovne sposobnosti može doći iz identičnih uzroka koji su povod potpunog lišenja – zbog bolesti ili smetnji u psiho-fizičkom razvoju, ali ovog puta, ako punoletno lice usled toga “svojim postupcima neposredno ugrožava sopstvene interese i interese drugih lica”.³⁵ U oba slučaja punoletnom licu postavlja se staralac.³⁶

Očigledno je da je u srpskom pravu zastupljen *mešoviti model* lišenja poslovne sposobnosti – statusno-kognitivni. Naime, i kod jednog i drugog oblika lišenja potrebno je kumulativno ispunjenje dva uslova da bi došlo do primene ovog instituta. Prvi uslov je postojanje medicinskog nalaza kojim se utvrđuje mentalni

³¹ Videti čl. 31- 44. Zakona o vanparničnom postupku, (“Sl. glasnik RS”, br. Službeni glasnik SRS, br. 25/82 i 48/88 i Službeni glasnik RS, br. 46/95 – dr. zakon, 18/05 – dr. zakon, 85/12 i 45/13 – dr. zakon, 55/2014, 6/2015, 106/2015 – dr. zakon).

³² Videti čl. 40 (3) Zakona o vanparničnom postupku.

³³ Više o novinama u ovom postupku videti, Petrušić N., *nav. delo*, str. 911. Stanković G., *Nova zakonska rešenja u postupku za produženje roditeljskog prava*, Prvo – teorija i praksa 2014, knjiga 31, br. 10-12, str. 1-16. (5).

³⁴ Videti čl. 146 st. 1 Porodičnog zakona.

³⁵ Videti čl. 147 st. 1 Porodičnog zakona.

³⁶ Videti čl. 124 Porodičnog zakona .

ili intelektualni invaliditet. Drugi, da takvo stanje dovodi do nesposobnosti za rasuđivanje odnosno osobe. Odsustvo sposobnosti za rasuđivanje kao pretpostavke lišenja poslovne sposobnosti karakteristično je za obe podvarijante kognitivnog pristupa. Kod modela rezultata ova sposobnost se vrednuje prema odlukama koje neka osoba donosi a koje se ocenjuju kao nerazume, za šta se u našem pravu koristi izraz “neposredno ugrožavanje sopstvenih interesa”. Kod funkcionalnog modela nesposobnost za rasuđivanje se vrednuje prema prisustvu/odsustvu sposobnosti za donošenje konkretne odluke – u srpskom pravu zastupljenost ove podvarijante kognitivnog pristupa nalazimo kod postavljanja zahteva za nesposobnošću za normalno rasuđivanje i samostalno staranje o svojim pravima i interesima.

Oba oblika lišenja poslovne sposobnosti punoletnog lica i identičan mešoviti pristup proceni potrebe za njegovom primenom, predviđeni su i u Nacrtu GZRS. Novina je nešto drugačija zakonska formulacija koja se odnosi na postojanje prvog uslova lišenja - umesto izraza “bolest ili smetnje u psiho-fizičkom razvoju”, koristi se termin “duševna bolest ili zaostali umni razvoj”; ali i navođenje (alternativno) da i “koji drugi razlozi”³⁷, pod uslovom da dovode do nesposobnosti za rasuđivanje, mogu voditi lišenju poslovne sposobnosti. Mišljenja smo da je i pored pomenutih novina suština ovog instituta ostala ista. Mentalni i intelektualni invaliditet i dalje u našem pravu figuriraju kao preduslov i prva pretpostavka lišenja poslovne sposobnosti punoletnog lica.

Posledice lišenja poslovne sposobnosti u oba analizirana zakonska teksta su identične: u slučaju potpunog lišenja punoletno lice ima poslovnu sposobnost koja je jednaka poslovnoj sposobnosti mlađeg maloletnika, a u slučaju delimičnog lišenja, poslovnoj sposobnosti starijeg maloletnika.³⁸ Razlika između njih, međutim, postoji po pitanju obima pravnih poslova koji lica potpuno i delimično lišena poslovne sposobnosti mogu preduzimati. Shodno PZ, u slučaju potpunog lišenja punoletno lice može samostalno preduzimati pravne poslove kojima pribavlja isključivo prava, kojima ne stiče ni prava ni obaveze i poslove manjeg značaja.³⁹ Prema Nacrtu GZRS, u ovom slučaju to lice može preduzimati uobičajne pravne poslove manje vrednosti,⁴⁰ čime se još više ograničava mogućnost njihovog samostalnog stupanja u pravne odnose, što smatramo nepotrebnim ograničenjem. Van pobrojanih kategorija, pravni poslovi koje zaključi ovo lice biće ap-

³⁷ Videti čl. 34 i 35 Nacrta GZRS.

³⁸ Videti čl. 146 st. 2 i čl. 147 st. 2 Porodičnog zakona i čl. 34 i 35 Nacrta GZRS.

³⁹ Videti čl. 64 st. 1 Porodičnog zakona

⁴⁰ Videti čl. 30 Nacrta GZRS.

solutno ništavi i neće proizvoditi nikakvo pravno dejstvo. Takve pravne poslove u ime njih zaključuju njihovi staraoci.

Punoletno lice delimično lišeno poslovne sposobnosti, pored pravnih poslova koje može samostalno preduzimati mlađi maloletnik,⁴¹ može sklapati i sve ostale pravne poslove, ali uz prethodnu ili naknadnu saglasnost staraoca, odnosno i saglasnost organa starateljstva⁴² u slučajevima predviđenim PZ.⁴³ Obim poslovne sposobnosti starijeg maloletnika, odnosno punoletnog lica delimično lišenog poslovne sposobnosti je na isti način uređen Nacrtom GZRS, s tim što je za ovo rešenje ponuđena alternativa koja glasi: "Stariji maloletnik može samostalno da obavlja pravne poslove određene zakonom, one koji odgovaraju njegovim sposobnostima ili koji su po svojoj prirodi u skladu sa njegovim intelektualnim sposobnostima i emocionalnom zrelošću."⁴⁴

Kao što se može videti, u aktuelnom srpskom pravu postoji i potpuno i delimično lišenje poslovne sposobnosti punoletnih osoba sa invaliditetom i stavljanje istih pod starateljstvo, a iz Nacrta GZRS vidljiva je namera zakonodavca da tako ostane i za ubuduće. Otuda ćemo odgovor na pitanje usaglašenosti ovih odredbi sa obavezama koje je na sebe preuzela RS potpisivanjem i ratifikovanjem Konvencije potražiti u analizi svih tačaka čl. 12 Konvencije i njihovim poređenjem sa domaćim rešenjima.

*Usaglašenost srpskog sistema poslovne sposobnosti sa merama
za ostvarivanje ravnopravnosti pred zakonom osoba sa invaliditetom*

U tački 1 čl. 12 Konvencije govori se o priznanju pred zakonom osoba sa invaliditetom, odnosno o priznanju njihovog *pravnog subjektiviteta*. Poštovanje pravne sposobnosti osoba sa invaliditetom ni pre ratifikovanja Konvencije od strane Srbije u našem pravu nije bilo dovođeno u pitanje,⁴⁵ tako da su važeće pravne norme i obaveze preuzete Konvencijom po ovom pitanju u potpunom skladu.

⁴¹ Đurđević M., *Ugovor ograničeno poslovno sposobnog maloletnika*, Pravni život 1996, knjiga 427, br. 10, str. 479.

⁴² Videti čl. 64 st. 2 Porođičnog zakona.

⁴³ Saglasnost organa starateljstva potrebna je za pravne poslove raspolaganja nepokretnom imovinom štićenika ili njegovom pokretnom imovinom velike vrednosti. Videti čl. 193 st. 3 Porođičnog zakona.

⁴⁴ Videti čl. 31 Nacrta GZRS.

⁴⁵ Videti, čl. 37 u vezi sa čl. 21 Ustava RS, čl. 2 Zakona o obligacionim odnosima, čl. 3 Zakona o nasleđivanju, "Službeni glasnik RS", br.46/95, 101/2003 - odluka USRS i 6/2015) itd. Isto se predviđa i čl. 22 i čl. 23 Nacrta GZRS.

Kako izraz "pravni kapacitet" obuhvata i pravnu i poslovnu sposobnost, tačka 2 čl. 12 se svojom sadržinom logično nadovezuje na prethodnu – priznanjem prava na poslovnu sposobnost onima koji se u tački 1 Konvencije prepoznaju kao subjekti prava. Ova odredba ima naglašen antidiskriminatorski karakter i ključna je za ostvarenje jednakosti pred zakonom osoba sa invaliditetom i poštovanje njihove autonomije. Njom se potencira priznanje ostvarivanja poslovne sposobnosti licima sa invaliditetom "u svim aspektima života", pa ona predstavlja polazište za ostvarivanje brojnih drugih prava pobrojanih Konvencijom, uključujući: obezbeđenje efikasnog pristup pravdi (čl. 13); pravo na ličnu slobodu i bezbednost (čl. 14); pravo na slobodu kretanja (čl. 18); pravo na stupanje u brak i zasnivanje porodice (čl. 23) itd. Njena suština ogleda se u primeni koncepta prema kome poslovna sposobnost treba da bude garantovana svakom licu na jednakoj osnovi, a ne da bude predmet nepriznavanja na osnovu mentalnog ili intelektualnog invaliditeta.

U ovom segmentu srpski propisi nisu usaglašeni sa obavezama utvrđenim Konvencijom u cilju obezbeđenja ravnopravnosti pred zakonom osoba sa invaliditetom. Iako se gore navedene odredbe PZ primenjuju na sve građane RS, i takvu primenu će imati odredbe budućeg GZRS, mišljenja smo da pružaju osnov za diskriminaciju osoba sa invaliditetom. Istina, da je u analiziranim odredbama izostavljen deo kome se može prigovoriti diskriminatorski karakter (navođenje da je to bolest ili smetnje u psiho-fizičkom razvoju, odnosno duševna bolest ili zaostali umni razvoj), već da stoji formulacija da *punoletno lice koje usled nesposobnosti za rasuđivanje nije u stanju da se stara o sebi ili da..*, nesporno je da bi proceni postojanja sposobnosti za rasuđivanje i potom lišenju poslovne sposobnosti najčešće bile izlagane osobe sa mentalnim ili intelektualnim invaliditetom.⁴⁶ Razlog tome je što im se daleko češće u odnosu na ostatak populacije može iznaći odsustvo sposobnost za rasuđivanje. Iako bi i ovako preformulisana zakonska odredba imala disproporcionalno veći uticaj na osobe sa invaliditetom, ne može joj se prigovoriti osnov za diskriminaciju, pa predlažemo njenu promenu u Nacrtu GZRS u predloženom smislu.

Potporu za stanovište da se Konvencijom zahteva priznanje poslovne sposobnosti osobama sa invaliditetom, nalazimo i u tačkama 3, 4 i 5 čl. 12 Konvencije. U tački 3 govori se o obavezi država da ovim licima obezbede podršku (pomoć) koja im može biti potrebna *u ostvarivanju njihove poslovne sposobnosti*. Ova podrška, shodno stanovištu ispoljenom u Generalnom komentaru čl. 12 Konvencije, podrazumeva napuštanje modela starateljskog odlučivanja, odlučivanja u

⁴⁶ Batrlett P., *The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and Mental Health Law*, *The Modern Law Review* 2012, vol. 75, no. 5, p. 752-778; Richardson G., *nav. delo*, str. 1-22.

ime osobe sa invaliditetom, i prelazak na model asistiranog odlučivanja koje znači poštovanje prava, volje i sklonosti odnosno osobe, uz zadržavanje njene poslovne sposobnosti.⁴⁷

Model asistiranog odlučivanja određuje se kao niz odnosa, uspostavljene prakse, aranžmana ili dogovora, većeg ili manjeg inteziteta ili formalnosti, osmišljenih da pomognu licima sa invaliditetom da načine izbor i saopšte drugima odluke koje se tiču njihove ličnosti i života.⁴⁸ On počiva na pretpostavci da veliki broj ljudi (ako ne i svi), uprkos invaliditetu, na neki način svoju volju može formulisati, izraziti i realizovati. Ponikao je na lošim stranama starateljskog odlučivanja za koga se ističe da je antiterapijski, da znači stigmatizaciju i urušavanje dostojanstva lica sa invaliditetom, da se neadekvatno koristi i lišava pojedinca prava na lični stav, da se zanemaruje potencijal odnosno osobe za donošenje sopstvenih odluka, itd.⁴⁹

I zaista, davanje veće ili manje podrške, u zavisnosti od potreba konktetne osobe, koja bi im pomogla u realizaciji *sopstvene poslovne sposobnosti*, ima više opravdanja od automatske primene instituta lišenja poslovne sposobnosti i njihovog stavljanje pod starateljstvo. Kako ovaj model u većoj meri, u odnosu na odlučivanje u ime i za račun punoletnog štićenika lišenog poslovne sposobnosti, znači poštovanje njegove autonomije, neophodno je uvođenje i primena, kao i pravna i institucionalna razrada ovog modela podrške u realizaciji poslovne sposobnosti lica sa invaliditetom u naše pravo. I PZ (čl. 135-140) i Nacrt GZRS (čl. 2373, 2374, 2376, 2378 i dr.) ostaju na kursu klasične starateljske zaštite punoletnih lica lišenih poslovne sposobnosti, pa u ovom domenu odnosne odredbe nisu usklađene sa obavezama koje je preuzela na sebe Srbija. Prosto utvrđivanje da lišenje poslovne sposobnosti sada predstavlja *meru* (pretpostavljamo zaštite) osobe sa invaliditetom,⁵⁰ daleko je od ispunjenja zahteva postavljenih Konvencijom. Akcenat u priznanju prava na poslovnu sposobnost treba da bude na uspostavljanju sistema podrške u odlučivanju licima sa invaliditetom, *pre* njihovog lišenja poslovne sposobnosti i stavljanja pod starateljstvo.

Dalje, u tački 4 se, pored ostalog, nalaže uspostavljanje odgovarajućih i efikasnih *zaštitnih mehanizama* kojim bi se sprečile zloupotrebe u ostvarivanju po-

⁴⁷ United Nations, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 19.05.2014, *General Comment No 1, Article 12: Equal Recognition before Law*, p. 4.

⁴⁸ Dierstein D R., *Implementing Legal Capacity Under Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities: The Difficult Road From Guardianship to Supported Decision-Making*, Human Rights Brief 2012, vol. 19, no. 2, p. 9.

⁴⁹ Kohn A N., Blumenthal A J., *A Critical Assessment of Supported Decision-making for Persons Aging with Intellectual Disabilities*, Disability and Health Journal 2014, no. 7, p. 40-43.

⁵⁰ Videti čl. 31 (1) Zakona o vanparničnom postupku.

slovne sposobnosti lica sa invaliditetom. Naglašava se da one moraju biti proporcionalne i prilagođene okolnostima odnosno osobe, da se njima mora isključiti mogući sukob interesa i neprimereni uticaji, oročava se vreme njihovog trajanja i nalaže redovno preispitivanje od strane odgovarajućih organa. U ovoj tački se, kao i u tački 5 čl. 12 Konvencije, bliže pojašnjava u kojim sve segmentima države potpisnice moraju preduzeti odgovarajuće aktivnosti i kakve mere zaštite moraju uspostaviti, kako bi se osobama sa invaliditetom istinski omogućilo ostvarivanje prava na poslovnu sposobnost. I po ovom pitanju malo toga je kod nas urađeno. Zakonom o vanparničnom postupku se vremenski oročava i nalaže redovno preispitivanje *mere lišenja poslovne sposobnosti*,⁵¹ što je u redu, međutim, zaštitni mehanizmi o kojima se govori u tački 4 čl. 12 Konvencije odnose se na *mere asistiranog odlučivanja* koje su u funkciji pomoći licima sa invaliditetom u ostvarivanju sopstvene poslovne sposobnosti, što su dve potpuno različite stvari.

Opstanak instituta lišenja poslovne sposobnosti

Priznanje prava na poslovnu sposobnost osobama sa invaliditetom nameće pitanje, prestaje li ovim potreba za daljim opstankom instituta lišenja poslovne sposobnosti? Konvencijom se, kako smo napred videli, ne pridaje nikakav značaj različitim nivoima funkcionalnih ograničenja lica sa invaliditetom koje izazivaju nesposobnost oblikovanja sopstvene volje i njenog ispoljavanja.⁵² Njom se nalaže da mere podrške ovim licima u ostvarivanju poslovne sposobnosti moraju biti prilagođene potrebama konkretne osobe, čime se zagovara individualni pristup svakom licu sa invaliditetom, u skladu sa stepenom očuvanosti sposobnosti za rasuđivanje.⁵³ Međutim, Konvencijom se izričito ne zahteva ukidanje ovog instituta.

U Priručniku koji služi kao svojevrsno pojašnjenje teksta Konvencije, stoji da je njen cilj sprečavanje *potpunog lišenja* poslovne sposobnosti osoba sa invaliditetom i prenošenje njihovog zastupanja u celosti na staraoce koji često zloupotrebljavaju svoja ovlašćenja.⁵⁴ To nije slučaj ni sa Generalnim komentarom čl. 12 Konvencije, u kome stoji da "države treba *da se uzdrže* od poricanja poslovne sposobnosti ovim licima i moraju, *radije*, da im obezbede dostupnost podrške koja će

⁵¹ Videti čl. 40 (2), čl. 42 Zakona o vanparničnom postupku.

⁵² Hendriks A., *UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, European Journal of Health Law 2007, vol. 14, no. 2, p. 278.

⁵³ Lewis O., *Advancing Legal Capacity Jurisprudence*, European Human Rights Law Review 2011, no. 6, p. 700-716.

⁵⁴ United Nations, Office of the High Commissioner for Human Rights, *From Exclusion to Equality, Realizing the Rights of Persons with Disabilities*, Handbook..., p. 24, 89, 90.

im omogućiti donošenje odluka kojima će se priznati pravni efekti”. Ta podrška, shodno ovom Komentaru, podrazumeva poštovanje prava, volje i sklonosti osobe sa invaliditetom i “nikada ne bi trebalo da uključuje zamensko odlučivanje”.⁵⁵ Kakav zaključak se iz navedenog može izvesti? Da se ne insistira na ukidanju instituta lišenja poslovne sposobnosti, ali da se sistem starateljske zaštite koji znači odlučivanje u ime i za račun drugog iz temelja mora redefinisati?

Kakva situacija po ovom pitanju postoji u državama članicama EU? One su, kao i Srbija, u obavezi da svoje nacionalne sisteme poslovne sposobnosti i starateljske zaštite usklade ne samo sa odredbama Konvencije nego i standardima koji su po ovim pitanjima upostavljeni pod okriljem Saveta Evrope.⁵⁶

Među nacionalnim zakonodavstvima država članica EU postoje različiti oblici lišenja poslovne sposobnosti i širok dijapazon mera zaštite lica sa invaliditetom. Preovladava mešoviti, medicinsko-kognitivni pristup lišenju poslovne sposobnosti punoletnih lica. U gotovo svim evropskim zemljama osobe sa invaliditetom mogu biti u potpunosti ili delimično lišene poslovne sposobnosti. Jedan broj zemalja poznaje samo potpuno lišenje poslovne sposobnosti i starateljstvo u tradicionalnom značenju koje podrazumeva donošenje odluka u ime zastupanog (Irska, Kipar, Rumunija).⁵⁷ Slovenija, Poljska, Mađarska, kao i Srbija, poznaju oba oblika lišenja poslovne sposobnosti. U Hrvatskoj postoji samo delimično lišenje.⁵⁸

Pionir među državama EU po pitanju uvođenja mera zaštite punoletnih lica sa invaliditetom je Švedska u kojoj je tradicionalno starateljstvo zamenjeno još 1989. godine sa dva alternativna oblika pomoći ovim licima u ostvarivanju njihovih poslovne sposobnosti. Ako je nekoj osobi, zbog mentalne ili fizičke bolesti, potrebna pomoć u obavljanju poslova, sud joj može imenovati mentora, odnosno kuratora (*god man*) ili poverenika (*förvaltare*). Kurator pruža potrebnu pomoć, bez lišavanja poslovne sposobnosti odnosno osobe. Poverenik se, sa druge strane,

⁵⁵ United Nations, Committee on the Rights of Persons with Disabilities, 19.05.2014, *General Comment No 1, Article 12: Equal Recognition before Law*, p. 4.

⁵⁶ Council of Europe, Committee of the Ministers (2006), Action line No. 12: legal protection; Council of Europe, Committee of Ministers (1999); Council of Europe, Committee of Ministers (2009b); Council of Europe, Committee of Ministers (2004); Council of Europe, Committee of Ministers (2009a). Council of Europe (1997); Council of Europe, Parliamentary Assembly (2009), para. 7; Council of Europe, Commissioner for Human Rights (2012a) and Council of Europe, Commissioner for Human Rights (2012b).

⁵⁷ Videti, European Union Agency for Fundamental Rights, *Legal Capacity of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems*, Vienna 2013, p. 29. Internet prezentacija na adresi: <http://fra.europa.eu/sites/default/files/legal-capacity-intellectual-disabilities-mental-health-problems.pdf>, pristup, 30.07.2016.

⁵⁸ Čl. 234 Obiteljskog zakona, “Narodne novine” br. 103/15.

imenuje kada osoba nije u stanju da se stara o sebi i svojim interesima, i podrazumeva konkretno ograničenje poslovne sposobnosti.⁵⁹

U Nemačkom građanskom zakoniku starateljstvo nad punoletnim licima (*guardianship*) u njegovom tradicionalnom obliku, zamenjeno je novom formom starateljstva (*Rechtliche Betreuung – legal custodianship*) koje ne znači automatsko ograničenje poslovne sposobnosti odnosno osobe i njene sposobnosti ugovaranja.⁶⁰ Tako, punoletnom licu sa invaliditetom koje ne može delom ili u celosti da se brine o svojim poslovima, starateljski sud imenuje posebnu vrstu staraoca (*custodian*) samo za preduzimanje određene grupe poslova.⁶¹ Ovaj sud može imenovati i više staraoca ako je to u interesu boljeg obavljanja poslova osobe sa invaliditetom.⁶² Njihov zadatak je da poslove koji su mu povereni izvršavaju na način koji će doprineti dobrobiti lica pod starateljstvom. Princip najboljeg interesa zastupnog i dalje ostaje osnovni kriterijum kojim će se ovaj staralac tom prilikom rukovoditi, ali je zakonom obavezan da poštuje želje i volju lica pod starateljstvom sve dok one nisu u suprotnosti ovim principom.⁶³

U Mađarskom građanskom zakoniku razvijen je mešoviti model. Zadržano je klasično starateljstvo (*guardianship*) kod potpunog lišenja poslovne sposobnosti, gde staralac odlučuje u ime zastupanog u svim stvarima koje ga se tiču, ukoliko je to opravdano s obzirom na individualne okolnosti odnosno osobe, njene porodične i društvene veze.⁶⁴ S druge strane, punoletna osoba sa invaliditetom može biti i delimično lišena poslovne sposobnosti, ali samo za određenu vrstu poslova, nikad u celosti, čime ona samostalno ostvaruje poslovnu sposobnost u određenom obimu. U sudskoj odluci navodi se koje poslove imovinske i/ili lične prirode to lice ne može samostalno preduzimati. Za njihovo preduzimanje ovlašćen je tzv. konzervator (*conservator*). Eventualne izjave volje koje se odnose na poslove u pogledu kojih je ograničena poslovna sposobnost, proizvode pravno dejstvo samo nakon konzervatorove saglasnosti.⁶⁵ Pored ovog, u mađarskom pravu postoji mogućnost imenovanja pomoćnika (*advocate*) koja će punoletnoj osobi pružati po-

⁵⁹ Sweden, Code on Parenthood and Guardianship (SFS: 1949:381), Chapter 11, Art. 7.

⁶⁰ European Union Agency for Fundamental Rights, *nav. delo*, p. 31.

⁶¹ Videti § 1896 (2) NGZ, Internet prezentacija na adresi: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/german_civil_code.pdf, pristup 10.08.2016.

⁶² Videti § 1899 NGZ.

⁶³ Videti § 1901 NGZ.

⁶⁴ Videti sekciju 2:21 MGZ, Internet prezentacija na adresi: https://tdziegler.files.wordpress.com/2014/06/civil_code.pdf, pristup 10.08.2016.

⁶⁵ Sekcija 2:20 MGZ.

moć pri obavljanju određene vrste poslova za čije vršenje ona nema dovoljnu sposobnost, bez njenog lišavanja poslovne sposobnosti.⁶⁶

Prema Građanskom zakoniku Češke pre lišenja punoletnih osoba sa invaliditetom poslovne sposobnosti obavezna je primena mera podrške u postupku donošenja odluke, kao i predstavljanja od strane članova njihove porodice ili starateljstva bez ograničenja poslovne sposobnosti. Jedino u slučaju da se ovom merama ne mogu postići željeni efekti, sud će pristupiti lišenju poslovne sposobnosti.⁶⁷

Kao što se može videti, iako model asistiranog odlučivanja ne predstavlja jedinu i isključivu meru zaštite lica sa invaliditetom, povećava se broj evropskih država koje ga uvode u svoj pravni sistem, sa ili bez zadržavanja klasične starateljske zaštite. Za dalji opstanak instituta lišenja poslovne sposobnosti, opravdanje se nalazi u činjenici da, nažalost, postoje osobe koje zbog mentalnog ili intelektualnog invaliditeta ne poseduju sopstvenu volju, niti je mogu izraziti, čak iako im sva moguća podrška bude obezbeđena.⁶⁸ Te osobe ne mogu biti označene kao one koje postupaju autonomno. Njima, zbog odsustva sposobnosti razumevanja situacije u kojoj se nalaze i donošenja odluke, nedostaje mogućnost samoodređenja koja čini osnovu koncepta autonomije. Uvođenje mera podrške licima sa invaliditetom u ostvarivanju sopstvene poslovne sposobnosti, međutim, donosi promenu pristupu primeni instituta lišenja poslovne sposobnosti. Ona se ne sagledava više kao primarna, već je utvrđena u vidu izuzetka, za retke i strogo kontrolisane slučajeve. Takav pristup primeni instituta lišenja poslovne sposobnosti treba da sledi i Srbija. Uostalom, to je njena obaveza.

ZAKLJUČAK

Potpisivanjem i ratifikovanjem Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom, Srbija je potvrdila i obavezala se na priznanje ostvarivanja pravnog kapaciteta licima sa invaliditetom na jednakoj osnovi kao i drugima, u svim aspektima života. Iako je ispunjenje ove obaveze iziskivalo potrebu za izmenom i dopunom propisa kojima se reguliše poslovna sposobnost fizičkih lica, analiza aktuelnih zakonskih rešenja i onih sadržanih u Nacrtu GZRS pokazuje da po ovom pitanju nije dovoljno urađeno.

⁶⁶ Sekcija 2:38 MGZ.

⁶⁷ Videti čl. 45-55 ČGZ, Internet prezentacija na adresi: <http://www.czechlegislation.com/en/89-2012-sb>, pristup 10.08.2016.

⁶⁸ Korać Graovac A., Čulo A., *Konvencija o pravima osoba sa invaliditetom – Novi pristup shvaćanju prava osoba s duševnim smetnjama*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu 2011, knjiga 61, br. 1, str. 75.

Kako nam predstoji usvajanje Građanskog zakonika, pravi je trenutak za preduzimanje aktivnosti u ovom pravcu, jer, najblaže rečeno, nepraktično je predlagati opstanak rešenja koja u dogledno vreme moraju pretrpeti izmene.

Usklađivanje nacionalnih propisa Republike Srbije sa obavezom priznanja prava na poslovnu sposobnost lica sa invaliditetom podrazumeva sledeće: 1) Garanciju prava na poslovnu sposobnost svakom licu na jednakoj osnovi, a ne nje-no nepriznavanje na osnovu mentalnog ili intelektualnog invaliditeta; 2) Implementaciju modela asistiranog odlučivanja čiji je cilj pružanje pomoći licima sa invaliditetom u ostvarivanju sopstvene poslovne sposobnosti; 3) Uspostavljanje zaštitnih mehanizama kojima bi se sprečile zloupotrebe u ostvarivanju poslovne sposobnosti osoba sa invaliditetom.

Donošenje odgovarajuće zakonske regulative treba da prati i promena u pristupu primeni instituta lišenja poslovne sposobnosti. Ova mera, kojoj se može pripisati zaštitni karakter, ne sme biti pravilo, već izuzetak, čijoj primeni treba pribegavati tek ukoliko ostale mere zaštite ne mogu dati zadovoljavajući efekat. Primat moraju imati mere podrške u ostvarivanju poslovne sposobnosti, lično odlučivanje umesto odučivanja u ime i za račun osoba sa invaliditetom, odnosno, maksimalno priznavanje njihove poslovne sposobnosti.

DRAGICA ŽIVOJINOVIĆ, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University
of Kragujevac.

ACTIV LEGAL CAPACITY AND ITS DEPRIVATION IN SERBIAN LAW IN THE LIGHT OF THE CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES

Summary

The subject of the author's interest in this paper is to determine whether the present legal solutions in the Republic of Serbia, as well as those proposed in the draft of the Republic of Serbia Civil Code which regulate the matter of natural persons' activ legal capacity, the reasons for its deprivation and imposing of guardian protection are harmonized with Article 12 of the Convention on the rights of persons with disabilities. This harmonization is necessary since the recognition of the realization of the activ legal capacity of the persons with disability on an equal basis with others, as it is foreseen by this Convention that Serbia signed and ratified, is related to the recognition of these persons' activ and pasiv legal capacity.

In quest to find these answers, the author firstly states that Serbian legislation applies a mixed type, medical-cognitive approach in the matter of deprivation of active legal capacity of adult persons with disabilities and applies a traditional form of their protection which involves placing them under guardian protection. After the analysis of all points from Article 12 of the Convention and their comparison with domestic provisions, the author concludes that there is a certain degree of their inconsistency, particularly in domain of the implementation of the model of assisted decision-making as a method of offering support to these people in their striving to exercise their legal capacity. In the concluding part, the author suggests what needs to be done in Serbia in order to fulfill all the obligations assumed by the ratification of this Convention.

PRAVNI STATUS ŽIVOTINJA

– Od objekata do subjekata u pravu –

U V O D

Od najstarijih vremena pa sve do danas životinje su u neraskidivoj vezi sa ljudskim rodom. Iako su u prvo vreme, barem prema sadržini prve knjige Starog zaveta "Postanje",¹ ljudi bili vegetarijanci, posle učinjenog greha Adama i Eve, i velikog potopa, Bog je ljudskom rodu dozvolio da i životinje koristi za ishranu,² čime počinje viševjekovni ignorantski odnos čoveka prema elementarnim pravima životinja koji "podrazumeva": njihovo ubijanje, mučenje, bol i patnju, zarad zadovoljenja ljudskih potreba.

Sa ove vremenske distance posmatrano, odnos ljudi prema životinjama nije uvek bio isti i može se sagledati kroz tri etape.

Gotovo sve do kraja XVIII veka,³ životinje su tretirane isključivo kao stvari na kojima je čovek imao neograničeno pravo svojine. Životinje su, dakle, imale

Dr Nataša Stojanović, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu "Usklađivanje prava Srbije sa pravom Evropske unije", koji finansira Pravni fakultet Univerziteta u Nišu, za period od 2013. do 2018. godine.

¹ Videti: Biblija (prevod L. Bakotić), Stari i Novi zavet, knjiga prva "Postanje", 20–28, Beograd. 2003, str. 1.

² *Ibid.*, 9, 1–3, str. 5.

³ U pravnoj literaturi odnos između životinja i ljudi u ovoj fazi označava se terminom "radikalni specizam". Videti: I. Visković, Stradanja, zaštita i prava životinja (Prilog raspravi o "trećoj generaciji prava"), *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, br. 39 (5–6), 1989, str. 816.

tretman objekata u pravu, bile upotrebljavanje i zloupotrebljavane od strane vlasnika, bez ikakvih ograničenja, budući da takvih propisa nije bilo. Jedinu, posrednu, zaštitu životinje su uživale u odnosu na treća lica, preko neposredne zaštite prava svojine.⁴ Masovno korišćenje i stradanje životinja u eksperimentima, borbe životinja, nehuman tretman prema životinjama koje se uzgajaju na farmama, kao i prilikom klanja, imali su za posledicu nastanak pokreta za zaštitu životinja od zlostavljanja, početkom XIX veka. Udruženja za zaštitu životinja, oformljena u tom periodu, kao i propisi kojima se sankcioniše svirepo postupanje prema životinjama, kako vlasnika, tako i trećih lica, nastali su sa ciljem da umanje ili spreče patnju ljudi, kao produkt zlostavljanja i ubijanja životinja. Briga o životinjama kao osetljivim bićima je u drugom planu, u odnosu na ispoljeni antropocentrizam.⁵ Zahvaljujući zakonima koji štite životinje od svirepih postupaka ljudi, pravo svojine nad njima pretrpelo je ograničenja.⁶

Mnogobrojna istraživanja, vršena na životinjama tokom XX i početkom XXI veka, naučno su potvrdila veliku sličnost između ovih bića i ljudi, u pogledu genetskog materijala,⁷ inteligencije⁸ i emotivnog života.⁹ Pod uticajem rezultata tih istraživanja, ali i zahvaljujući plodonosnom delovanju mnogobrojnih organizacija za zaštitu životinja, one počinju da se tretiraju kao subića ljudi koja zaslužuju zaštitu zbog njih samih i njihove vrednosti, a ne posredno, radi neposredne zaštite ljudi.¹⁰

⁴ *Ibid.*, str. 816–817; V. Vodinelić, *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2014, str. 421.

⁵ Odnos između životinja i ljudi u ovoj etapi bliže je određen izrazom “umereni specizam”. Videti: N. Visković, *ibid.*, str. 816.

⁶ N. Visković, *ibid.*, str. 817–818; V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 422.

⁷ Č. Darwin, *Čovekovo poreklo i spolno odabiranje* (prevod N. Divac, original naslova *The Descent of Man and Selection in Relation to Sex*), Novi Sad, 1977, str. 121–122.

⁸ S. Bajić, *Genijalci u životinjskom svijetu* (elektronska verzija), 2011. Preuzeto sa <http://www.nezavisne.com/zivot-stil/genijalci-u-zivotinjskom-svijetu/120795>, od 29. 02. 2016. godine; V. Joveski, *Neobična životinjska inteligencija* (elektronska verzija), 2013. Preuzeto sa <http://znanost.geek.hr/clanak/neobicna-zivotinjska-inteligencija>, od 22. 02. 2016. godine; M. Jakovljević, *Inteligencija životinja i evolucija ljudskog uma – Prednost čoveka* (elektronska verzija), *Magazin za nauku, istraživanja i otkrića*, 2016. Preuzeto sa <http://www.planeta.org.rs/32/4%20istrazivanja.html>, od 22. 02. 2016. godine.

⁹ O emotivnom životu životinja, detaljnije videti kod: M. J. Moussaieff, S. McCarthy, *Kada slonovi plaču – Emocionalni život životinja* (hrvatski prevod I. Rešetnik, original naslova *When Elephants Weep – The Emotional Lives of Animals*), Zagreb, 2004, str. 36.

¹⁰ U ovoj etapi, odnos između životinja i ljudi označava se terminom “antispecistički etički odnos zaštite životinje sa altruističkom motivacijom”. Videti: Visković, *op. cit.*, str. 816.

To potvrđuju moderni zakoni o zaštiti životinja,¹¹ kao i kvalitativno drugačiji pristup tretmanu životinja u građanskopravnim propisima,¹² u pravcu da se one više ne smatraju stvarima. Životinjama se, doduše, pravnoobavezujućim aktima ne priznaju elementarna prava, kao što je to za ljudsku populaciju propisano,¹³ ali se zato propisima kojima se životinje štite za čoveka normira čitav spektar dužnosti u odnosu na životinje.¹⁴

ŽIVOTINJE KAO PRAVNI OBJEKTI U PRAVNIM PROPISIMA

Kako je već rečeno, sve do kraja XVIII veka životinje su u pravnim propisima tretirane isključivo kao stvari. Pri tome, pravnu zaštitu, razume se kao objekti

¹¹ Videti naročito: par. 1 Zakona o zaštiti životinja Austrije (Tierschutzgesetz, iz 2004. godine, BGBl. I, Nr. 118/2004, zaključno sa izmenama i dopunama, od 04. 03. 2016, BGBl. I Nr. 80/2013. Preuzeto sa <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassungundesnormer&Gesetzesnummer=20003541>, od 04. 04. 2016. godine) i par. 1 Zakona o zaštiti životinja Nemačke (Tierschutzgesetz, iz 1972. godine, u verziji objavljenoj 2006. godine, BGBl. I S. 1206, 1313, zaključno sa izmenama i dopunama, od 03. 12. 2015. godine, BGBl. I S. 2178. Preuzeto sa <http://www.gesetze-im-internet.de/tierschg/BJNR012770972.html>, od 22. 02. 2015. godine).

¹² Videti, na primer: čl. 515-14 Građanskog zakonika Francuske (Code civil, iz 1804. godine, version consolidée au 03. 02. 2016. Preuzeto sa <http://www.legifrance.gouv.fr>, od 12. 02. 2016. godine); par. 285a Građanskog zakonika Austrije (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, iz 1811. godine, JGS Nr. 946/1811, zaključno sa izmenama i dopunama, od 30. 07. 2015. godine, BGBl. I Nr. 87/2015. Preuzeto sa [http://www.jusline.at/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch_\(AGBG\).html](http://www.jusline.at/Allgemeines_Bürgerliches_Gesetzbuch_(AGBG).html), od 12. 02. 2016. godine); par. 90a Građanskog zakonika Nemačke (Bürgerliches Gesetzbuch, iz 1896. godine, BGB I S. 195, zaključno sa izmenama i dopunama, od 19. 02. 2016. godine, BGB I S. 254, 264. Preuzeto sa <http://www.dejure.org/gesetze/BGB/html>, od 12. 02. 2016. godine); par. 641a Građanskog zakonika Švajcarske (SR 210 Schweizerisches Zivilgesetzbuch, iz 1907. godine, zaključno sa izmenama i dopunama, iz 2009. godine, AS 2009, 3577. Preuzeto sa <http://www.gesetze.ch/inh/inhsub210.html>, od 12. 02. 2016. godine) i čl. 6, st. 7 Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, *Službeni glasnik RS*, br. 124/2008, 58/2009, 95/2011 i 60/2015.

¹³ U svetskim okvirima to su: Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Međunarodni pakt o ekonomskim, socijalnim i kulturnim pravima, iz 1966. godine. Republika Srbija je, kao univerzalni sukcesor Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, priznala, kao pravne izvore, ova dva pravna dokumenta (*Službeni list SFRJ*, br. 7/1971).

¹⁴ Videti, na primer: par. 5, st. 1, st. 2, tač. 1, 8, 9, 10, 11 i 13, kao i par. 13-19 Zakona o zaštiti životinja Austrije; par. 1, par. 2 i par. 2a Zakona o zaštiti životinja Nemačke; čl. 4, st. 2, kao i čl. 6 i čl. 7 Zakona o dobrobiti životinja Švajcarske (SR 455 Tierschutzgesetz, iz 2005. godine, zaključno sa izmenama i dopunama od 01. 05. 2014. godine. Preuzeto sa <https://www.admin.ch/opc/de/classified=compilation/20022103/index.html>, od 04. 04. 2016. godine); čl. 4, st. 1 i st. 2, tač. 1, 11, 12, 13 i 14, kao i čl. 36-42 Zakona o zaštiti životinja Hrvatske (*Narodne novine*, br. 135/2006, 37/2013 i 125/2013) i čl. 6, st. 5 i čl. 7, st. 1, tač. 4, 7, 12, 17 i 29, kao i čl. 20-21 Zakona o dobrobiti životinja Srbije (*Službeni glasnik RS*, br. 41/2009).

prava, uživale su, u prvo vreme, one životinje koje su bile vlasništvo čoveka i koje su bile za njega ekonomski korisne, kao na primer, ovce i goveda.^{15 16} Dakle, pravni poreci su štitili životinje posredno, a neposredno se zapravo štitilo pravo svojine čoveka.¹⁷ Druge životinje (primera radi, psi i mačke), zbog svoje biološke vezanosti za prirodu i zbog činjenice da nisu imale društveno priznatu ekonomsku vrednost, nisu tako tretirane, te i nisu bile objekt zaštite, recimo usled krađe ili namernog usmrćenja.¹⁸ Od XIX veka, kada počinju da se usvajaju zakoni protiv okrutnosti nad životinjama, i zakoni kojima se uređuje pravo svojine počinju da štite interese vlasnika tih životinja, u slučaju njihove krađe ili umišljajnog usmrćenja.¹⁹ I jednim i drugim zakonskim tekstovima, međutim, ne dira se u postojeći pravni status životinja kao stvari. Zakonima o zaštiti životinja, ipak, čini se pomak, u pravcu poboljšanja tretmana životinja kao osetljivih bića (nezavisno od toga da li imaju vlasnika ili ne), sankcionisanjem okrutnog postupanja ljudi prema njima, i samim tim, ograničenjem, u izvesnoj meri, prava svojine nad njima. Interes životinja da budu zaštićene od nepotrebnog bola i patnje priznat je kao vrednost u pravnom sistemu,²⁰ preko neposredne zaštite interesa ljudi od zlostavljanja i stradanja životinja.²¹

Masovni pokreti za zaštitu životinja, sredinom XX veka, i pojačano interesovanje teorije za moralni status životinja,²² iznedrili su prve pravne dokumente kojima se prava životinja priznaju i garantuju. Univerzalna deklaracija o pravima životinja, iz 1978. godine²³ i Univerzalna deklaracija o dobrobiti životinja, iz

¹⁵ D. Favre, *Living Property: A New Status for Animals within the Legal System*, *Marquette Law Review*, 93, 2010, str. 1021–1071.

¹⁶ To, recimo, potvrđuju odredbe Hamurabijevog zakonika. Videti propise pod brojem: 8, 35, 57–58, 224–225, 241–256 i 263–272. Navedeno prema: M. Višić, *Zakonici drevne Mesopotamije*, Beograd, 1985, str. 104–106, 108–110 i 120–123.

¹⁷ V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 421.

¹⁸ D. Favre, *op. cit.*, str. 1026–1027.

¹⁹ *Ibid.*, str. 1027.

²⁰ *Ibid.*, str. 1028.

²¹ N. Visković, *op. cit.*, str. 817–818.

²² U osnovi ovog etičkog fenomena jeste dodeljivanje subjektu određenog položaja, što podrazumeva da imamo obaveze u pogledu tog subjekta, samo po sebi, a ne zbog nekog drugog. Opširnije videti kod: A. Cochrane, *Ownership and Justice for Animals*, *Utilitas*, 21 (4), 2009, str. 428.

²³ Ovaj pravni dokument, sa neobavezujućom pravnom snagom, usvojen je u Parizu od Međunarodnog saveza za prava životinja, a pod okriljem Organizacije Ujedinjenih nacija za prosvetu, nauku i kulturu (UNESCO), 1978. godine. Originalni tekst Deklaracije promenjen je 1989. godine i javno objavljen 1990. godine. Tekst ove Deklaracije može se naći na internet stranici <http://www.declarationofar.org/>. Preuzeto 06. 03. 2016. godine.

2001. godine,²⁴ iako pravno ne obavezuju, predstavljaju korak napred u prihvatanju životinja kao autonomnih bića koja imaju vrednost sama po sebi, a ne zbog toga što su ekonomski vredna ljudima.

Pojedini zakoni o zaštiti životinja, koji se donose u tom periodu, daju novu dimenziju u njihovom tretiranju, nazivajući ih subićima čoveka,²⁵ i propisujuću za ljudsku populaciju čitav spektar dužnosti u cilju postizanja kvalitetnijeg života životinja.

Pod uticajem svih ovih promena, kako je već rečeno, i građanske kodifikacije Francuske, Austrije, Nemačke i Švajcarske, svojim novelama, kvalitativno drugačije regulišu status životinja, formulacijom da životinje nisu stvari, već osetljiva bića, te da za njih važe propisi koji se odnose na ova imovinska dobra, osim ako nisu isključeni drugim propisima.²⁶ Ovako sročene formulacije, sadržane u građanskim zakonima modernih evropskih država, međutim, ne daju dovoljno argumenata da se životinje smatraju pravnim subjektima,²⁷ budući da se ovaj status njima izričito ne priznaje, kakav je slučaj sa fizičkim i pravnim licima.

Važeći građanskopravni propisi u Republici Srbiji ne idu u korak sa izmenama i dopunama građanskih kodifikacija savremenih evropskih država. Životinje se i dalje tretiraju kao stvari, uz bitna ograničenja prava svojine nad njima odredbama Zakona o dobrobiti životinja, koji propisuje čitav niz dužnosti za vlasnika, i za druge subjekte na planu zaštite i dobrobiti životinja – kičmenjaka, koje mogu da osećaju bol, patnju, stres i strah.²⁸ Od tretiranja životinja kao stvari ne odstupa ni Nacrt građanskog zakonika Srbije. Naime, ovaj zakonski tekst “u nastajanju” kao subjekte jedino “prepoznaje” fizička i pravna lica, uključujući i začetak. Iz definicije pokretnih stvari,²⁹ moglo bi se zaključiti da se životinje uvrstavaju u ovu kategoriju imovinskih dobara (“pokretne stvari su one stvari koje se mogu same kretati ...”). Našu tvrdnju dodatno potkrepljuje deo, sadržan u Nacrtu gra-

²⁴ Ovaj pravni dokument, takođe, nema obavezujuće pravnu snagu i nastao je kasnije u odnosu na Univerzalnu deklaraciju o pravima životinja, 2001. godine. Tekst Deklaracije može se naći na internet stranici http://worldanimalprotection.ca/sites/default/files/ca_-_case_for_a_udaw_tcm22-8305.pdf. Preuzeto 06. 03. 2016. godine.

²⁵ Videti, na primer: par. 1 Zakona o zaštiti životinja Austrije i par. 1 Zakona o zaštiti životinja Nemačke.

²⁶ Videti nap. br. 13 ovog rada.

²⁷ Suprotno: V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 423.

²⁸ Videti: čl. 1 Zakona o dobrobiti životinja Srbije.

²⁹ Videti: čl. 141 Nacrta građanskog zakonika Srbije, iz 2015. godine. Preuzeto sa <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>.

đanskog zakonika, koji reguliše odgovornost za opasne stvari ili opasne delatnosti, i u okviru njega posebno normira odgovornost za štetu od životinja.³⁰

STAV SUDOVA O PRAVNOM SUBJEKTIVITETU ŽIVOTINJA

Iako su životinje vekovima unazad tretirane kao pokretne stvari, pravni apsurd predstavlja priznanje njihove procesne sposobnosti u krivičnim postupcima za izvršena protivpravna postupanja.

Naime, već u starom veku, a prema pisanim izvorima, najviše u srednjem veku, životinjama se, kao i ljudima, sudilo za razna krivična dela. Krivični postupci su vođeni protiv određenih životinjskih vrsta (na primer, puževa, crva, krompirovih zlatica), ili jedinki u okviru njih (magarca koji pase na tuđoj livadi, vuka koji zakolje ovcu, itd.).³¹

Krivični postupci protiv životinja vođeni su prvenstveno pred crkvenim sudovima, sa ciljem da se izdejstvuje "pravda". U suštini, budući da životinje nemaju osećaj za pravdu, bili su vid manipulacije neprosvećenim stanovništvom.³² Životinje su u tim postupcima tretirane kao ljudi (oblačene su i šminkane da bi što više ličile na njih) i imale su svog branioca. Suđenje je bilo višestepeno, a kazne uglavnom izvršavane javno, sa osnovnom svrhom da deluju "preventivno" na druge životinje.³³

Kvalitativna promena u pravnom tretmanu životinja, u prvom redu kućnih ljubimaca, dešava se u savremenoj sudskoj praksi Sjedinjenih Američkih Država. Naime, američki sudovi, pored "klasičnog" shvatanja životinja kao stvari,³⁴ zauzi-

³⁰ Videti: čl. 323–326 Nacrt građanskog zakonika Srbije.

³¹ Tako, literatura beleži da je u srednjem veku prva presuda doneta protiv jedne svinje, još daleke 1266. godine, a poslednja, kojom je izrečena smrtna kazna jednoj kobili, 1629. godine. Opširnije videti kod: M. Paunović, *Životinjska prava, Prilog proširenoj teoriji ljudskih prava, Strani pravni život*, br. 3/2005, str. 36.

³² *Ibid.*, str. 30.

³³ V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 424.

³⁴ U tom pravcu, recimo, videti slučajeve: *Shera v. N. C. State University Veterinary Teaching Hosp.* S. E. 2d, 2012 WL 539989 (N. C. Ct. App. 2012), na internet stranci <http://caselaw.findlaw.com/nc-court-of-appeals/1595087.html>, od 27. 05. 2016. godine; *People ex rel. Nonhuman Rights Project, Inc. v. Lavery*, 2014 WL 6802767 (N. Y. App. Div. Dec. 4, 2014), na internet stranci <https://www.animallaw.info/case/people-ex-rel-nonhuman-project-inc-v-lavery>, od 27. 05. 2016. godine; *Hogan v. Hogan, So.* 3d 2015 WL 7889623 (Ala. Civ. App. Dec. 4. 2015), na internet stranci <https://www.animallaw.info/case/hogan-v/hogan>, od 27. 05. 2016. godine.

maju i stav da životinja nije ništa drugo do dete,³⁵ odnosno da kućni ljubimac nije stvar, već zauzima posebno mesto između lica i stvari.³⁶

Poput teorije, i višegodišnja praksa domaćih sudova, verna je stavu da su životinje stvari. Nepreciznost i neodređenost slova Zakona o obligacionim odnosima Srbije u pogledu toga da li se životinje smatraju opasnim stvarima, a delatnosti u vezi sa njima opasnim delatnostima,³⁷ otvorila je široke mogućnosti domaćim sudovima u pronalaženju prave namere zakonodavca. Nije se dugo čekalo, pa su sudovi, po nekom automatizmu, zauzimali stav o životinjama kao opasnim stvarima, jer je njihovo reagovanje nepredvidivo, a za štetu koju prouzrokuju, načelno, odgovara vlasnik, bez obzira na svoju krivicu.^{38 39}

SHVATANJA TEORETIČARA O PRAVNOM SUBJEKTIVITETU ŽIVOTINJA

Iako se u antičkoj Grčkoj, prema dostupnoj literaturi, nije razmatralo pitanje pravnog subjektiviteta životinja, činjenica je da su one bili predmet pažnje pojedinih mislilaca toga doba. Tako, prema Aristotelu, u prirodi postoji odnos povezanosti i odnos hijerarhije između biljaka, životinja i ljudi. Životinje, budući da imaju manju sposobnost mišljenja u odnosu na ljude, treba da koriste ljudima, kao i što biljke postoje zbog životinja. Dakle, čovek, kako ga je Aristotel defini-

³⁵ U slučaju Mičigen sudija je izneo stav da izbacivanje psa iz kuće, od strane vlasnika sa namerom da ga umori gladu, nije ništa drugo do ubistvo i da "An animal, in this court's opinion, is no different than a child". Navedeno prema: A. Hunt, *Man Gets Jail Time for Starving Dog to Death*, *Detroit Free Press*, 19. 07. 2007, at B1.

³⁶ "This court now overrules prior precedent and holds that a pet is not just a thing but occupies a special place somewhere in between a person and a piece of personal property". *Corso v. Crawford and Cat Hospital*, 415 N. Y. S. 2d (182 N. Y. City, Civ. Ct., 979). Preuzeto sa internet stranice www.animallaw.info/case/corso-v-crawford-dog-and-cat-hospital-ins, od 03. 06. 2016. godine.

³⁷ Videti: čl. 173 Zakona o obligacionim odnosima, *Službeni list SFRJ*, br. 29/1978, 39/1985, 45/1989 i 57/1989; *Službeni list SRJ*, br. 31/1993; *Službeni list SCG*, br. 1/2003.

³⁸ Tako je samo nastavljen kontinuitet u postupanju domaćih sudova u ovakvim slučajevima, budući da je i pre toga bilo odluka sa identičnom sadržinom. U tom pravcu videti odluku Vrhovnog suda Srbije, Gž. br. 1148/58, od 16. 06. 1961. Odluka navedena kod: R. Jotanović, *Pravni status životinja u građanskom pravu*, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, br. 36/2014, str. 103.

³⁹ Videti: odluku Vrhovnog suda Srbije, Rev. 2978/1995, od 12. 07. 1995. godine, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, br. 4/1995, str. 25; odluku Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3454/2004, od 02. 02. 2005. godine; odluku Okružnog suda u Novom Sadu, Gž. 3545/2005, od 17. 11. 2005. godine; odluku Okružnog suda u Valjevu, Gž. 170/2006, od 27. 01. 2006. godine i odluku Višeg suda u Valjevu, Gž. 1213/2012, od 22. 11. 2012. godine. Izvor: Paragraf-Lex-ova baza podataka.

sao kao “racionalnu životinju”, treba da vlada nad ostalim životinjama.⁴⁰ Nasuprot njemu, Pitagora se zalagao za ukazivanje poštovanja prema životinjama, sa argumentacijom da duše umrlih ljudi prelaze u tela životinja.⁴¹

U doba procvata rimske pravne nauke, gotovo usamljeno deluje mišljenje Ulpijana, u Digestama, da sva živa bića u prirodi, nezavisno od toga da li žive na zemlji, u vodi ili vazduhu imaju prirodno pravo.^{42 43}

Prema svetom Tomi Akvinskom (Tommaso d'Aquino), predstavniku mračnog srednjeg veka, životinje nisu racionalna bića kao ljudi, te zbog toga nisu sposobna za patnju. Ipak, ovaj mislilac se ograđuje od okrutnosti prema životinjama, sa argumentacijom da ona može biti povod za agresivno postupanje prema ljudima.⁴⁴

Dekart (René Descartes) smatra da životinje nisu ništa drugo do mašine, kreirane od Boga.⁴⁵ Kao logičan zaključak takvog stava sledi da ljudi nemaju moralne ili pravne obaveze u odnosu na životinje, već njihove vlasnike.⁴⁶ Slično iznetom mišljenju Dekarta, Kant (Immanuel Kant) smatra da ljudi nemaju direktne dužnosti prema životinjama, a budući da one nisu svesne sebe i svog postojanja, sa njima treba da se postupa kao sa sredstvima koja služe jednom cilju – čoveku.⁴⁷

Tvrđnju Dekarta o životinjama kao mašinama pobija filozof Hjum (David Hume), sa argumentacijom da i životinje mogu da pate, poput ljudi. To im, međutim, ne daje nikakvo pravo u odnosu na ljude, budući da su njihovi interesi potčinjeni interesima ljudi. Ipak, smatra ovaj mislilac, zakoni humanosti obavezuju da sa tim stvorenjima postupamo obzirno.⁴⁸

⁴⁰ Aristotel, *Politika*, Beograd, 1975, str. 7.

⁴¹ Navedeno prema: De L. Krešenco, *Istorija grčke filozofije – predsokratovci* (original naslova *Storia della filosofia greca*), Novi Sad, 1991, str. 51–52.

⁴² Ulpianus, D. 13, 1, 1, 3. *Justinijanova Digesta* (prevod A. Malenica, naslov originala *Corpus iuris civilis*), Prva knjiga, Beograd, 1997, str. 64–65.

⁴³ “Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit; nem ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est”.

⁴⁴ T. Akvinski, *Suma teologije* I, II, 72. pitanje, čl. 4; II, II, 25. pitanje, čl. 3; II, I, 102. pitanje, čl. 6. Navedeno prema: P. Singer, *Osobođenje životinja* (prevod N. Petrović, original naslova *Animal Liberation*), Zagreb, 1998, str. 163–164.

⁴⁵ R. Descartes, *Rasprava o metodi*, Zagreb, 1951, peti deo.

⁴⁶ G. Francione, R. Garner, *The Animal Rights Debate, Abolition or Regulation?* New York, 2010, str. 6.

⁴⁷ I. Kant, *Lectures on Ethics* (prevod L. Infield), New York, 1963, str. 239–240.

⁴⁸ D. Hume, *Enquiry Concerning the Principles of Morals*, London (1912, reprint izdanje iz 1777. godine), Section III, Of Justice, Part I.

Sa rođenjem teorije o dobrobiti životinja, u XIX veku,⁴⁹ stvari se unekoliko menjaju kada je reč ne o statusu, već o postupanju prema životinjama. Naime, dvojica arhitekata ove teorije, inače predstavnici reformističke utilitarističke škole moralne filozofije,⁵⁰ Bentam (Jeremy Bentham) i Mil (John Stuart Mill) iznose stav da, mada životinje nemaju um i nisu svesne sebe, one su slične ljudima. Ono što ih povezuje, jeste da su i jedni i drugi osetljiva bića, da su sposobni da opažaju i da oseću bol i zadovoljstvo.⁵¹ Ipak, smatraju ovi mislioci, budući da životinje nemaju interes da se nastavi njihov život i zato što one imaju, prema pretpostavci, inferiornije iskustvo u pogledu osećaja, prihvatljivo je da ljudi njih tretiraju kao stvari, ali "humano", ne povećavajući nepotrebno njihovu patnju.⁵²

Korenite promene u pravnom tretiranju životinja nastaju zahvaljujući Darvinovoj teoriji evolucije. Darvin (Charles Darwin), u svom delu "Čovekovo poreklo i spolno odabiranje", tvrdi da, nasuprot dotadašnjem shvatanju čoveka kao Božje kreacije, ljudi zapravo potiču od životinja. Upoređujući genetski sklop, mentalne moći životinja i čoveka, kao i njihov emotivni život, Darvin je ustanovio postojanje više dodirnih tačaka između ovih životinjskih vrsta i potvrdio da razlike između njih su više stvar stepena, a ne vrste.⁵³

Držeći se klasičnog poimanja suštine problema da su životinje stvari, ima autora⁵⁴ koji smatraju da one ne mogu, u isto vreme, biti nečije vlasništvo i nosioci prava. Životinje su stvari, te ne uživaju pravnu zaštitu kao ljudi. Izloženom shvatanju drugi autori⁵⁵ daju protivargument u vidu korporacija. S jedne strane, one su vlasništvo pojedinih individua, a s druge strane, i same su subjekti u pravu.

⁴⁹ Opširnije o tome, videti kod: G. Francione, R. Garner, *op. cit.*, str. 6.

⁵⁰ Utilitarizam jeste moralna teorija o tome šta je dobro, a šta loše, zavisno od posledica. Dobar akt ili politika su oni koji za posledicu imaju veliko zadovoljstvo ili sreću za sve na koje imaju uticaja. *Ibid.*, str. 7.

⁵¹ Bentam smatra da, mada su odrastao konj ili pas više racionalni i više sposobni za komunikaciju nego malo dete, pitanje nije umeju li da rasuđuju ili mogu li da govore, već mogu li da pate. Videti: J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, New York, 1948, str. 310–311.

⁵² *Ibid.*; J. S. Mill, Utilitarianism; in: A. Ryan (ed.), *Utilitarianism and Other Essays: J. S. Mill and J. Bentham*, Harmondsworth, 1987, str. 279.

⁵³ Č. Darvin, *op. cit.*, str. 121–122.

⁵⁴ J. Waldron, *The Rights to private Property*, Oxford, 1988, str. 27; S. Wise, *Rattling the Cage: Toward Legal Rights for Animals*, New York, 2000, str. 4; J. Dryden, Overcoming the Inadequacies of Animal Cruelty Statutes and the Property-Based View of Animals, *Idaho Law Review* 38 (2001-2), str. 178.

⁵⁵ Na primer, A. Cochrane, *op. cit.*, str. 432.

U prilog tvrdnji da životinje ne mogu biti subjekti u pravu ide i mišljenje Koena (Carl Cohen) da životinje nisu moralni subjekti, jer nemaju osećaj za ispravno i neispravo, te otuda i ne mogu postupati na jedan ili drugi način. Osim toga, on tvrdi se da su životinje intelektualno nekompetentna bića, budući da ne razumeju suštinu prava koja bi im bila priznata, i da ne prepoznaju mogući konflikt između toga šta je njihov interes, a šta je pravda.⁵⁶ S pravom je primećeno u literaturi da se gotovo sve napred izrečeno može pripisati i deci, kao i licima potpuno lišenim poslovne sposobnosti, kojima se nikako zbog toga ne dovodi u pitanje pravni subjektivitet.⁵⁷ Koen, takođe, smatra da prava pripadaju isključivo ljudima, jer ona nastaju u ljudskoj zajednici,⁵⁸ i ide tako daleko da mišljenje o pravima životinja karakteriše kao “fanatično ubeđenje”, “duboku i veliku grešku”, kao “neosnovano i opasno” pa čak i kao “budalasto”.⁵⁹

Protiv pravnog subjektiviteta izjašnjava se i Nojes (Reynold Noyes) sa argumentacijom da pravne veze postoje samo između ljudi. Dakle, ne mogu biti pravne veze između čoveka i stvari, ili između dve stvari.⁶⁰

Stojanović i Babić iznose stav da životinje nisu subjekti u pravu, ali da mogu biti objekti imovinskih odnosa.⁶¹ U domaćoj pravnoj literaturi, a u vezi odgovornosti za štetu koju učine životinje, preteže mišljenje da su one (nezavisno od vrste, *primedba autora*), po svojoj prirodi opasne stvari.⁶²

Na pitanje da li je životinjama potrebno priznati pravni subjektivitet, pojedini autori⁶³ daju odrećan odgovor sa argumentacijom da to životinjama nije potrebno, već da treba potpunije regulisati i obezbediti ispunjavanje obaveza čoveka prema životinjama, kako bi se one bolje zaštitile. Osim toga, svoje mišljenje pomenuti autor dodatno potkrepljuje i pravnotehničkom neizvodljivošću priznanja

⁵⁶ C. Cohen, The Case for the Use of Animals in Biomedical Research, *The New England Journal of Medicine*, Vol. 315, No. 14, 1986, str. 865–870.

⁵⁷ W. D. Lamont, *Principles of Moral Judgement*, Oxford, 1946, str. 83–85.

⁵⁸ C. Cohen, *op. cit.*, str. 865–870.

⁵⁹ C. Cohen, *In Defense of the Use of Animals*, 1996, Unpublished manuscript, 1.8, 4.6, 5.4.

⁶⁰ R. Noyes, *The Institution of Private Property*, New York, 1936, str. 290.

⁶¹ D. Stojanović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd, 1984, str. 103; I. Babić, *Osnovi imovinskog prava*, Beograd, 2003, str. 65.

⁶² Lj. Mitrović, *Obligaciono pravo*, Beograd, 1982, str. 184; J. Radišić, *Obligaciono pravo*, Beograd, 2004, str. 282; N. Đurđević, Odgovornost za štetu koju je izazvala životinja, *Zbornik radova “Trideset godina Zakona o obligacionim odnosima – de lege lata i de lege ferenda”*, Kragujevac, 2008, str. 389.

⁶³ S. Martinović, Problem pravnog subjektiviteta životinja, *Pravni život, tematski broj “Pravo i autonomija ličnosti”*, tom III, br. 10/2015, str. 371–382.

pravnog subjektiviteta životinja, budući da svaka životinja treba da ima svog zastupnika.⁶⁴

Uzimajući za polaznu osnovu propise o zaštiti dobrobiti životinja koje imaju većina zemalja u svetu, pojedini teoretičari⁶⁵ iz sadržine istih izvlače zaključak da se upravo njima garantuju prava životinjama (iako se ovaj izraz ni u jednom zakonskom tekstu ne spominje, već se govori o dužnosti ljudi i humanijem tretmanu životinja, *primedba autora*). Izloženom mišljenju oštro se suprostavlja Francione (Gary Francione)⁶⁶ sa tvrdnjom da nijedan zakon o zaštiti životinja ne daje bilo koje značajno pravo životinjama, naprosto zbog činjenice da se životinje i dalje tretiraju kao vlasništvo ljudi. Navedeni zakoni su pre izraz uravnoteženja interesa ljudi i životinja, i sve dotle dok u njima nema apsolutne zabrane za ono što je sada dozvoljeno da se radi životinjama, ne može biti reči o normiranju nekih značajnih prava životinja.

Kokran (Alasdair Cochrane) je mišljenja da vlasništvo nad životinjama ne treba da bude prepreka za njih da imaju određena prava, koja mogu biti garantovana zakonom o zaštiti životinja.⁶⁷ Ono što je nesporno, prema tvrdnji ovog autora, jeste da životinje imaju moralni status koji omogućava da ljudi u odnosu na njih imaju obaveze zbog njih samih, a ne zbog osećanja ili interesa drugih ljudi.⁶⁸ Nasuprot ovom, ima mišljenja da životinje koje su nečije vlasništvo nemaju suštinsku vrednost, već samo u kontekstu svoje korisnosti vlasniku, kao vrednosti na tržištu.⁶⁹

Singer (Peter Singer), veliki pobornik pokreta za oslobođenje životinja, iznosi stav da "sposobnost za patnju i uživanje jeste pretpostavka za posedovanje bilo kakvih interesa", a pravo je samo put da se zaštite interesi.⁷⁰ Međutim, poput Bentama i Mila, on ne zagovara shvatanje o ukidanju tretiranja životinja kao stvari i snažno podržava reformu i poboljšanje dobrobiti životinja.⁷¹ Ipak, Singer se

⁶⁴ *Ibid.*, str. 378–381.

⁶⁵ C. M. Sunstein, Standing for Animals (with Notes on Animal Rights), *UCLA Law Review* 47, 1999–2000, str. 1336; D. Favre, A New Property Status for Animals: Equitable Self-Ownership; in: C. R. Sunstein and M. C. Nussbaum (ed.), *Animal Rights: Current Debates and new Direction*, Oxford, 2004, str. 234.

⁶⁶ G. Francione, *Animals, Property and the Law*, Philadelphia, 1995, str. 4–5; G. Francione, *Introduction to Animal Rights: Your Child or the Dog?* Philadelphia, 2000, str. 55.

⁶⁷ A. Cochrane, *op. cit.*, str. 433.

⁶⁸ *Ibid.*, str. 428.

⁶⁹ A. Simon, Cows as Chairs; in M. D. Hauser, F. Cushman, and M. Kamen (eds.), *People, Property or Pets?* West Lafayette, 2006, str. 6.

⁷⁰ P. Singer, *op. cit.*, str. 6.

⁷¹ G. Francione, R. Garner, *op. cit.*, str. 12.

zalaže za to da veliki majmuni, zbog genetske i kognitivne sličnosti sa ljudima, zaslužuju veću pravnu zaštitu u odnosu na druge životinje, i da je stoga opravdana njihova inkluzija u zajednicu jednakih.⁷²

Iako Garner (Robert Garner) u zaštiti životinja prihvata osnovne postulate teorije dobrobiti životinja, on ih, u načelu, tretira kao stvari. Po njegovom shvatanju, protiv priznanja pravnog subjektiviteta životinja idu dva krupna argumenta: prvo, pojedine vrste životinja imaju više potencijala da budu subjekti u odnosu na druge životinje, i drugo, životinje sa najvišim stepenom inteligencije ne mogu se, u pogledu subjektiviteta, izjednačiti sa odraslim ljudima.⁷³ U prilog priznanju subjektiviteta pojedinih visokointeligentnih životinja ide činjenica da deca i mentalno defektni odrasli ljudi nemaju isti pravni kapacitet, kao i odrasli, psihički zdravi ljudi. Ovom mišljenju suprotstavljaju se pojedini autori, sa tvrdnjom da će sva deca, vremenom postati odrasli ljudi, i da su ljudi genetski sličniji jedni drugima, čak i kada je reč o duševno obolelim licima,⁷⁴ i sa argumentom da je mentalni razvoj, čak i duševno obolelih ljudi na višem stepenu od većine životinja.⁷⁵

Favre (David Favre) ima, u pogledu pravnog subjektiviteta životinja, kvalitativno drugačiji pristup u odnosu na izložena mišljenja. Naime, po njemu, životinje su kao deca koje pravni poredak smatra pravnim subjektima, iako ona nemaju sposobnost da razumeju da im pripada neko određeno pravo i da znaju da vrše bilo koje pravo koje im je priznato, kakav je slučaj i sa životinjama. S druge strane, životinje koje pripadaju određenom licu podvode se kao njegovo vlasništvo, te kao stvari ne bi mogli da budu nosioci prava.⁷⁶ Zato, ovaj autor predlaže da se, osim prava svojine na nepokretnim i pokretnim stvarima, uvede i posebna kategorija, pravo svojine na živim stvarima, to jest na životinjama – kičmenjacima, kojima treba priznati određena prava, kako bi se time zaštitili njihovi interesi.⁷⁷ Dakle, po njemu, ukidanje statusa životinja kao stvari je nemoguće i nepotrebno,⁷⁸ a novom kategorijom – pravom svojine na životinjama, daje se životinjama poseban pravni subjektivitet.⁷⁹ Slično izloženom shvatanju, Metlok i

⁷² P. Cavalieri, P. Singer, (eds.), *The Great Ape Project: Equality Beyond Humanity*, London, 1993, str. 5.

⁷³ G. Francione, R. Garner, *op. cit.*, str. 114.

⁷⁴ M. Midgley, *Animals And Why They Matter*, Athens, 1983.

⁷⁵ C. Cohen, *The Case for the Use of Animals in Biomedical Research*,, str. 865–870.

⁷⁶ D. Favre, *op. cit.*, str. 1032.

⁷⁷ *Ibid.*, str. 1042–1053.

⁷⁸ D. Favre, Integrating Animal Interests into Our Legal System, *Animal Law*, Vol. 10, 2004, str. 87, 90–91.

⁷⁹ D. Favre, Living Property: A New Status for Animals within the Legal System,, str. 843.

Henkin ne odstupaju od tretiranja životinja kao objekata prava svojine, ali u postojeću koncepciju unose novinu, predlažući uvođenje posebne kategorije, pravo svojine na osjetljivim bićima,⁸⁰ koja bi bila rangirana iznad "nežive svojine".⁸¹

Originalan pristup tretiranju pitanja pravnog subjektiviteta životinja ima Vodinelić, uvršćujući ih, pored fizičkih i pravnih lica, u krug subjekata u pravu. Po njemu, životinje su pravni subjekti sui generis. Specifičnost pravne pozicije životinja ogleda se u tome što su one subjekti ličnih prava: prava na život, prava na zdravlje, prava na psihički i fizički integritet, itd. S druge strane, za razliku od ljudi, životinje mogu biti i objekti pojedinih imovinskih prava, koja su propisima o zaštiti dobrobiti životinja "u pogledu sadržine bitno određena i ograničena": prava svojine, zakupa, posluge i slično.⁸² Životinje, ne mogu biti subjekti imovinskih prava, ali ni nosioci obaveza. One, osim toga, ne mogu biti određene za nasljednika zaveštanjem,⁸³ ne mogu biti objekt prava zaloge, prava zadržavanja, niti predmet u postupku prinudnog izvršenja. Po shvatanju ovog teoretičara, životinje kao subjekti i objekti u pravu imaju dodirnih tačaka sa pravnim položajem robova, sa krupnom razlikom koja se ogleda u tome da životinje imaju vrednost zbog njih samih, a ne njegovih vlasnika.⁸⁴

Izvestan broj teoretičara⁸⁵ zagovara priznanje prava životinja, polazeći od toga da one kao osjetljiva bića imaju interese i da upravo njihovi najvažniji interesi treba da budu zaštićeni, garantovanjem prava, ne samo kao moralnih ovlašćenja, već i kao zakonskih ovlašćenja.⁸⁶ Pri tome, ima autora⁸⁷ koji tvrde da su po-

⁸⁰ C. Matlack, *We've Got Feelings Too. Presenting The Sentient Property Solution XIV*. Davidson N. C., 2006, str. 72, nap. br. 348.

⁸¹ S. Hankin, *Not a Living Room Sofa: Changing the Legal Status of Companion Animals*, *Rutgers Journal of Law & Public Policy*, Vol. 4: 2, 2007, str. 320.

⁸² V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 426.

⁸³ Prema odredbama Švajcarskog građanskog zakonika, takva odredba u zaveštanju smatra se nalogom kojim je opterećen univerzalni ili singularni sukcesor mortis causa, čija je obaveza da se brine o životinji, poštujući propise o dobrobiti životinja. Videti: čl. 482, st. 4 Švajcarskog građanskog zakonika.

⁸⁴ V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 426.

⁸⁵ J. Feinberg, *The Rights of Animals and Unborn Generations*; in: W. T. Blackstone (ed.), *Philosophy and Environmental Crisis*, Athens, GA, 1974, str. 49–51; P. Jones, *Rights*, Basingstoke, 1994, str. 35; H. Steiner, *Working Rights*; in: M. Kramer, N. Simmonds and H. Steiner, (eds.) *A Debate Over Rights: Philosophical Enquiries*, Oxford, 1998, str. 259.

⁸⁶ Ovaj teorijski pravac nastao je pod uticajem Jeringove teorije o subjektivnim pravima kao zaštićenim interesima. Videti: M. Paunović, *op. cit.*, str. 20, i tamo navedenu literaturu.

⁸⁷ T. Regan, *The Case for Animal Rights*, Berkeley, 1983, str. 276–277.

jedini interesi životinja u toj meri bitni za njih da moraju biti zaštićeni pravima, čak i ako ta zaštita produkuje troškove u odnosu na sveukupno društveno dobro.

Visković govori o životinjama kao zaštićenim dobrima sa svojstvom pravnog subjekta⁸⁸ On je mišljenja da životinjama, za koje je nauka dokazala da imaju svest, treba priznati ograničen ili pasivni pravni subjektivitet. Ova kategorija podrazumeva da životinjama pripadaju odgovarajuća prava, nasuprot obavezama koje terete ljude. O sprovođenju prava životinja brinuli bi njihovi zastupnici, jer će u psihološkom i normativnom smislu one biti bolje uvažene i štice. Izloženom mišljenju pridružuje se Paunović koji potencira specifičnost pravnog subjektiviteta životinja, u pravcu da one ne mogu biti nosioci pravnih obaveza, jer nemaju u dovoljnoj meri razvijen razum, uračunljivost i slobodu odlučivanja koji bi im omogućili da kao aktivni etički subjekti imaju osećaj o ispravnom i neispravnom u svom ponašanju.^{90 91} On životinje bliže definiše kao refleksne subjekte u pravu, budući da svoja prava mogu ostvariti uz pomoć ljudi, koje pravni poredak za to ovlašćuje. Paunović ide i dalje, tvrdeći da se na životinje može primeniti tzv. proširena teorija ljudskih prava, u kojoj bi jedno od osnovnih načela bilo jednako poštovanje drugih vrsta životinja – kičmenjaka.⁹² Ovakvom razumevanju prava životinja protivi se Frankione sa tvrdnjom da sve dotle dok su životinje vlasništvo ljudi, ne može biti govora o proširenju teorije ljudskih prava i na životinje.⁹³

Nasuprot izloženim idejama, postoje teoretičari koji odbacuju koncept životinja kao objekata prava svojine i smatraju da ono nije u skladu sa savremenim društvenim pogledom na životinje kao članove porodice. Po njima, potrebno je ukinuti status životinja kao stvari i, umesto toga, životinjama priznati status člana porodice.⁹⁴

Rigan (Tom Regan) životinje koje, poput ljudi, poseduju čulne, kognitivne i konativne kapacitete, koje vide čuju, imaju želje, pamte, planiraju, predviđaju, osećaju zadovoljstvo, bol, strah, bes, usamljenost, frustracije, kao i druga psiho-

⁸⁸ N. Visković, *Država i pravo*, Sarajevo, 1996, str. 192.

⁸⁹ N. Visković, *Životinja i čovjek – Prilog kulturnoj Zoologiji*, Split, 1996, str. 442.

⁹⁰ M. Paunović, *op. cit.*, str. 18–19.

⁹¹ Upravo zbog ovog nedostatka u svesti životinja, ima mišljenja da životinje ne mogu imati ni prava. Videti: *ibid.*, i tamo navedenu literaturu.

⁹² *Ibid.*

⁹³ G. Francione, *Animals, Property and the Law*, ..., str. 10.

⁹⁴ E. Paek, Fido Seeks Full Membership in the Family: Dismantling the Property Classification of Companion Animals by Statute, *University of Hawaii, Law Review*, Vol. 25, No. 2, 2003, str. 484, nap. br. 68; W. Root, Note "Man's Best Friend": Property or Family Member – An Examination of the Legal Classification of Companion Animals and Its Impact on Damages Recoverable for Their Wrongful Death or Injury, *Villanova Law Review*, Vol. 47, 2002, str. 449, nap. br. 345.

loška stanja i raspoloženja, naziva "subjektima života". Ove životinje, po njegovom shvatanju, treba da imaju osnovna moralna prava za tretman pun poštovanja.⁹⁵ Ključna tačka je da se ta prava životinjama ne garantuju na osnovu toga što one osećaju, već zbog toga što imaju znatne kognitivne sposobnosti. Rigan odbacuje kao neopravdanu tvrdnju utilitarista (u prvom redu Singera) da jedino veliki majmuni imaju gore navedene mentalne sposobnosti i emotivni život, te da su druge životinje manje moralno vredne, kako bi se opravdala njihova upotreba kao običnih stvari.⁹⁶

Frankione, poznati borac za prava životinja, iznosi stav da teorija o pravima životinja zahteva ukidanje upotrebe životinja i da je osnovno njihovo pravo, pravo da se ne tretiraju kao svojina čoveka. Ovaj autor, s pravom primećuje da tretiranje životinja kao običnih stvari ozbiljno ograničava njihovu pravnu zaštitu i da se konflikt između čoveka i životinja razrešava polazeći od procene balansa između koristi koje čovek ima od životinja, nasuprot interesa životinja koje se obavezno žrtvuju u tom procesu.⁹⁷ Prema tvrdnji ovog teoretičara, ako se zaista želi promena statusa životinja, onda se mora prihvatiti konfrontacija sa postojećim ekonomskim interesima, kao i religioznim i filozofskim shvatanjima koji opravdavaju smisao tretmana životinja kao stvari.^{98 99} Frankione se zalaže za to da pravnici učine napor u edukaciji sistema o potrebi promene, koja sa sobom nosi pravdu za životinje. Samo na taj način, može se dobiti potrebna društvena podrška za pravne reforme, ili, kako to on jednostavno objašnjava, "sve dok veliki deo društva smatra da je na primer, ukus mesa životinja moralno prihvatljiv i samim tim opravdano ubijanje životinja, pravne promene su ograničene".¹⁰⁰

SUKOB INTERESA LJUDI I ŽIVOTINJA

Životinje, kao osetljiva bića, imaju interese koji, da bi bili respektovani, moraju biti priznati i zaštićeni pravom.

⁹⁵ T. Regan, *Defending Animal Rights*, United States of America, 2001, str. 42.

⁹⁶ T. Regan, *The Case for Animal Rights*,, str. 324.

⁹⁷ G. Francione, Animals as Property, *Animal Rights Law*, No. 2, 1996, str. 1.

⁹⁸ *Ibid.*, str. 3.

⁹⁹ Frankione se, u istom radu, poziva na reči Frederika Dagleasa, bivšeg roba, koji smatra da onaj ko želi promene bez konfrontacije je nerealan, kao kada želi "kišu bez grmljavine". Videti: F. Douglass, *Letter to an Abolitionist Associate*, 1853. Preuzeto sa internet stranice <http://billhowe.org/MCE/frederick-douglass-letter-to-abolitionist-associate-1853>, od 12. 06. 2016. godine.

¹⁰⁰ G. Francione, *op. cit.*, str. 3.

Ukoliko životinjama priznamo odgovarajući korpus prava, sledi, kao neminovno pitanje, kako rešiti sukob interesa, pa samim tim i prava između jedinki različitih životinjskih vrsta – između čoveka i druge životinje i između životinja koje pripadaju različitim vrstama?

Do sada su u teoriji ponuđeni različiti odgovori na postavljeno pitanje.

Prema jednom shvatanju, bilo koji ljudski interes je iznad interesa životinja (radikalni specizam). Ono se najčešće opravdava tvrdnjom da ljudi, u odnosu na bilo koje vrste životinja, poseduju superiorniju mentalnu sposobnost, zbog koje oni imaju viši nivo kvaliteta zadovoljstva i sreće, te su samim tim i moralno vredniji od životinja.¹⁰¹

Prema drugom mišljenju, sukob interesa može postojati samo kada su u pitanju istovrsni interesi (vitalni – vitalni, nevitalni – nevitalni interesi) ljudi i životinja (radikalni egilitarizam). U okviru njega, pojedini teoretičari iznose stav da u konkurenciji interesa iste vrste, ne treba davati prednost čoveku ili životinji, već treba ravnopravno razmatrati interese ovih bića, bez ikakvih prethodnih kriterijuma.¹⁰² Opravdanje za ovakvo shvatanje nalazi se u tvrdnji da život i druga dobra životinja imaju istu vrednost kao i ista dobra čoveka. Drugi mislioci¹⁰³ pak, zalažu se za dosledno uvažavanje ne samo vrste interesa koji su u sukobu, već i neuro-psihičke zrelosti bića čiji su interesi konfrontirani (umereni egilitarizam). Kao opravdanje za ovakav stav Singer navodi argumente da je život bića koje je svesno sebe, sposobno za apstraktno mišljenje, za planiranje budućnosti i za složene postupke u komunikaciji, vredniji od života drugih bića koja nemaju takve kvalitete.¹⁰⁴ Rigan smatra da u sukobu interesa čoveka i životinje mora prevagnuti interes čoveka da ostane živ. Smrt je šteta za svako biće, ali veća za čoveka, zato što životinje imaju manje mogućnosti da osećaju zadovoljstva u životu.¹⁰⁵ Frankione smatra diskutabilnom ovakvu konstataciju, budući da i životinje imaju mnogo mogućnosti za sticanje iskustava koja proizvode zadovoljstvo.¹⁰⁶ DeGracija (David DeGrazia) objašnjenje za davanje veće vrednosti životu čoveka u odnosu na život životinje nalazi u činjenici da jedino odrasli, zdravi ljudi shvataju suštinu smrti i da je smrt šteta za čoveka, zato što poništava njegovu želju da ostane u životu (ovo svakako ne važi za osobe sklone suicidu, *primedba autora*) i da, osim,

¹⁰¹ J. S. Mill, *op. cit.*, str. 279–280; G. Francione, R. Garner, *op. cit.*, str. 8.

¹⁰² Videti, na primer: A. Cochrane, *op. cit.*, str. 434.

¹⁰³ D. Van de Veer, *Interspecific Justice, Inquiry*, 22 (1–4), 1979, str. 55–79.

¹⁰⁴ P. Singer, *op. cit.*, str. 16.

¹⁰⁵ T. Regan, *op. cit.*, str. 324.

¹⁰⁶ G. Francione, R. Garner, *op. cit.*, str. 17.

visoko inteligentnih majmuna, jedino ljudi shvataju koncept "ostati u životu".¹⁰⁷ Ovaj autor pridružuje se mišljenju Rigana da životinja smrću manje gubi, jer je smrt sprečava da u budućnosti stiče iskustva koja pružaju zadovoljstvo, i, posebno apostrofira, da životinje nemaju strah od smrti,¹⁰⁸ budući da nemaju koncepciju vlastite budućnosti.¹⁰⁹

ZAKLJUČAK

Ideja o životinjama kao subjektima u pravu, evoluirala je od potupne negacije do njenog prihvatanja u teoriji i sudskoj praksi.

Iako ni danas nema jedinstvenog gledanja na stvar jesu li životinje pravni objekti ili pravni subjekti, ili nešto između, ne mogu se zatvoriti oči pred činjenicama koje je nauka, u više navrata, nepobitno dokazala: životinje su u pogledu rođenja, inteligencije, genetskog materijala i emotivnog života mnogo bliže ljudima, nego li pravna lica koja odavno imaju status subjekata u pravu.

Očigledno je da ne možemo pojednostaviti stvar i reći da su životinje isto što i materijalni delovi prirode na kojima čovek redovno ima pravo svojine. Životinje se rađaju, dišu, osećaju, umiru isto kao i ljudi, te otuda nelogično je i, s pravne tačke, neprihvatljivo tretirati ih isto kao, recimo, automobil, kuću, livadu ili predmete domaćinstva.

Da li životinje treba izjednačiti sa ljudima, u pogledu prava? Naš odgovor je ne, naročito zbog činjenice da životinjama to i nije potrebno, već je neophodno priznati prava koja treba da zaštite njihove osnovne interese i potrebe i koja odgovaraju njihovoj vrsti: da žive, da su slobodne, da ne pate, da se ljudi brinu o njima, da mogu da stiču imovinska prava i imaju adekvatnu pravnu zaštitu. Životinjama, dakle, treba priznati tzv. ograničeni ili pasivni pravni subjektivitet, koji isključuje obaveze, budući da one, poput dece ili lica koja su potpuno lišena poslovne sposobnosti, nemaju takve intelektualne kapacitete da razumeju njihovu suštinu, kao i da nemaju izgrađen osećaj o ispravnom i neispravnom ponašanju.

Koliko god da se je sukob interesa između ljudi i životinja do sada u teoriji posmatrao manje-više argumentovano, uz uvažavanje vrste interesa koji su u su-

¹⁰⁷ D. DeGrazia, *Prava životinja: kratak uvod* (prevod E. Dmitrović, original naslova *Animal Rights: A very short introduction*), Sarajevo, 2002, str. 59–61.

¹⁰⁸ Sa ovim se ne možemo složiti u delu da životinje nemaju strah od smrti. Naime, brojni primeri, koji se mogu naći na odgovarajućim internet stranicama, pokazuju da životinje koje treba da budu podvrgnute postupku klanja, neretko plaču i pokazuju druge reakcije koje nedvosmisleno ukazuju na strah.

¹⁰⁹ D. DeGrazia, *op. cit.*, str. 61.

kobu i neuro-psihičke zrelosti aktera sukoba, činjenica je da sva teorijska promišljanja odišu duhom specizma, a da nauka u kontinuitetu demantuje postojanje krupnih razlika između čoveka i drugih životinja koje osećaju.

NATAŠA STOJANOVIĆ, Ph.D.,
Professor, Faculty of Law University of Niš

LEGAL STATUS OF ANIMALS
– From objects to subjects in law –

Summary

A critical review of the legal status of animals from the earliest times to the present day is made in this paper. The author sheds light on the treatment of animals through a prism of relevant regulations, stands of judicial practice, and opinions of practitioners of philosophical and legal thought: first, and for a long time, as mere things over which man has an unlimited ownership right; then keeping the same status while legally protecting these beings against any cruel treatment by representatives of human species; and, more recently, having respect for animals as co-beings of people, to which an appropriate subjectivity should be recognised. The author, considering that animals, in regard to birth, intelligence, genetic material, and emotional life, are very close to human population, advocates for the recognition of the legal subjectivity of animals with a limited corpus of rights that should protect their basic needs and interests, considering the species they belong to.

Svojina

Svojina i druga stvarna prava

NINA PLANOJEVIĆ

PREDMET I SADRŽINA PRAVA GRAĐENJA U PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA SRBIJE

U V O D

Ukoliko Prednacrt Građanskog zakonika (u daljem tekstu: Prednacrt) bude usvojen u sadašnjem obliku, u naš pravni sistem biće uvedeno dosta novih rešenja, koja su uglavnom znatno bolja i modernija od dosadašnjih. To se odnosi na sve grane građanskog prava koje Prednacrt reguliše, a posebno na stvarno pravo, koje je iz različitih razloga do sada bilo najmanje uređena oblast. Naime, opšte je poznato da je veliki broj stvarnopravnih instituta našim pozitivnim pravom regulisan samo u osnovnim crtama, dok neki uopšte nisu regulisani. Pored toga, stvarnopravni propisi "razbacani" su po brojnim zakonskim tekstovima, što otežava snalaženje u njima. Neki autori¹ su izbrojali čak preko 70 zakona i podzakonskih akata u kojima su u ovom trenutku normirana pojedina pitanja iz oblasti stvarnog prava.

Zato je regulisanje ove oblasti bilo jedan od najtežih i najozbiljnijih zadataka Komisije za izradu Građanskog zakonika. Ozbiljnost ovog zadatka proizilazi posebno iz činjenice da se radi o osetljivoj materiji, čija je regulativa u žiži interesovanja i domaće i međunarodne stručne javnosti - kako zbog vitalnog značaja koji svojina, kao osnovno ljudsko pravo ima za svakog čoveka; tako i zbog neprihvatljivo lošeg tretmana koji je ona kod nas imala u bliskoj prošlosti, čije se posle-

Dr Nina Planojević, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ N. Planojević, *Stvarno pravo u praksi*, Kragujevac, 2012, str. 3.

dice još osećaju. S druge strane, kao što je rečeno, za mnoge stvarnopravne institute i pitanja nema rešenja koja bi Komisija mogla doraditi ili osavremeniti, već se u njihovoj regulativi moralo početi od temelja. Ipak, čini se da su se najteže odluke koje je Komisija morala doneti odnosile na pitanje: da li u pravni sistem Srbije treba uvoditi i nove, do sada nepoznate institute i stvarna prava, koje neke druge države poznaju? To se pre svega odnosi na zemljišni dug², fiducijarni prenos svojine³, pravo građenja⁴ i dr. U vezi ovih instituta odluke Komisije bile su različite, pa su neki od njih regulisani u Prednacrtu, dok je za druge procenjeno da još nisu sazreli uslovi da budu prihvaćeni ili je ovo pitanje ostalo otvoreno, a odluka o njihovom eventualnom uvođenju odložena.

Pravo građenja je upravo jedan od onih instituta koji u našem pozitivnom pravu ne postoji (ili bar ne postoji u onom obliku⁵ u kome je poznat u drugim državama), a za koji je Komisija procenila da je sadašnji trenutak pravi da po prvi put bude uveden⁶ i regulisan. Pošto se radi o važnoj novini, jer se nova stvarna prava ne uvode tako često u pravni sistem jedne države, predmet našeg rada biće analiza odredbi kojima je ovo pravo regulisano u Prednacrtu. S obzirom na to da je reč o obimnom tekstu (pravo građenja je regulisano sa 24 člana), fokusiraćemo se na razmatranje samo dva pitanja koja smatramo posebno važnim za ovaj institut, a koja kod nas stvaraju određene dileme. To su predmet i sadržina prava građenja. Ova pitanja analiziraćemo na taj način što ćemo najpre odrediti predmet i

² Više o ovoj temi: *D. Medić*, Zemljišni dug kao neakcesorno sredstvo obezbeđenja potraživanja na nekretninama, *Pravni život*, 10/2006, str. 601–612; *M. Živković*, Hipoteka i zemljišni dug, Promene svojinskog zakonodavstva u Srbiji–mogućnosti reforme u okviru regionalnog razvoja u jugoistočnoj Evropi, Beograd, 2004, str. 130–140.

³ Više o ovoj temi: *Lj. Đurović*, Ugovor o fiducijarnom prenosu svojine, *Pravni život*, 10/1998, str. 811–826; *J. Salma*, Fiducijarni pravni posao i fiducijarni prenos svojine radi obezbeđenja potraživanja, *Pravni život*, 10/1999; *Z. Rašović*, Fiducijarni pravni poslovi i fiducijarna svojina, Podgorica, 1997; *N. Tešić*, Fiducijarni prenos svojine kao sredstvo obezbeđenja potraživanja, *Pravni život*, 10/2002, str. 107–115; *M. Lazić*, *N. Planojević*, Svojina i fiducijarna svojina u novom stvarnom pravu Crne Gore, *Pravni život*, 10/2011, str. 511–528.

⁴ Neki autori smatraju da se mogućnost davanja neizgrađenog građevinskog zemljišta u javnoj svojini u zakup radi gradnje trajnih objekata iz Zakona o planiranju i izgradnji (Službeni glasnik RS 72/09, 81/09, 64/10, 24/11, 121/12, 42/13, 50/13, 98/13, 132/14, 145/14) može smatrati jednim oblikom prava građenja. Ipak, ne mogu se poreći brojne razlike između prava iz zakona o kome je reč i onoga što se pod pravom građenja podrazumeva u pravnoj teoriji i uporednom pravu. O tome više: *I. Babić*, Građansko pravo, knj. 2, Stvarno pravo, Beograd–Novi Sad, 2012, str. 27.

⁵ Reč je o pravu korišćenja zemljišta u društvenoj/državnoj svojini u svrhu izgradnje. O tome više: *D. Stojanović*, Stvarno pravo, Kragujevac, 1998, 9. izdanje, str. 286–287.

⁶ Prvi pokušaj uvođenja prava građenja kod nas učinjen je nacrtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima, u kome se ono naziva službenošću građenja. Videti u knjizi: Ka novom stvarnom pravu Srbije, Beograd, 2007, str. 74 i dr.

sadržinu prava građenja imajući u vidu stavove u pravnoj teoriji, ali i rešenja drugih država; a zatim sa iznetim modelom uporediti i komentarisati način na koji su ova pitanja regulisana Prednacrtom.

POJAM PRAVA GRAĐENJA

1. *U pravnoj teoriji i uporednom pravu.* Imajući u vidu regulativu prava građenja u uporednom pravu i tekstove o njemu koji se mogu naći u domaćoj i stranoj literaturi, rekli bismo da pojam prava građenja karakteriše nekoliko tipičnih elemenata.

Ako bismo te elemente sabrali u jednu definiciju, pravo građenja bismo mogli odrediti kao: *otuđivo i nasledivo (ograničeno) stvarno pravo na tuđoj parceli, koje titulara ovlašćuje na njenu upotrebu na određeno vreme u cilju izgradnje, držanja i korišćenja trajnog građevinskog objekta, na kome stiče svojinu koja traje koliko i pravo građenja; za šta vlasniku parcele plaća naknadu.* Po prestanku prava građenja vlasnik parcele takođe isplaćuje naknadu titularu ovog prava za izgrađeni objekat, koji prelazi u njegovu svojinu.

Definicija prava građenja koju smo izložili sadrži elemente koji daju osoben identitet ovom pravu, istovremeno ga razgraničavajući od sličnih pojmova. Ti elementi su: 1) Pravo građenja je ograničeno stvarno pravo (*pravna priroda*); 2) Uspostavlja se na jednoj vrsti tuđih nepokretnosti – građevinskoj parceli (*predmet*); 3) Čine ga ovlašćenja državine i upotrebe parcele u cilju izgradnje i korišćenja trajnog građevinskog objekta, na kome se izgradnjom stiče svojina (*sadržina*); 4) Po pravilu je vremenski ograničeno⁷ pravo (*trajanje*); 5) Po pravilu je prenosivo i nasledivo pravo⁸; 6) Po pravilu podrazumeva plaćanje naknade⁹ za upotrebu parcele; 7) Po prestanku ovog prava objekat, po pravilu uz naknadu, prelazi u svojinu vlasnika parcele.

Ipak, svaki od navedenih elemenata nije od istog značaja za pravo građenja. Sve ove elemente u tom smislu možemo podeliti u dve grupe: a) na one, koje

⁷ U nekim pravnim sistemima, poput nemačkog ili hrvatskog, pravo građenja nije oročeno, već trajno pravo. Odredbe koje predviđaju ovo svojstvo prava građenja su, međutim, dispozitivnog karaktera, pa ugovarači mogu i ograničiti trajanje ovog prava.

⁸ Odredbe o otuđivosti i nasledivosti prava građenja su u gotovo svim državama koje poznaju ovo pravo dispozitivnog karaktera. Pravo građenja je moguće i opteretiti drugim stvarnim pravima. O ovom pitanju više: M. Vedriš, P. Klarić, Građansko pravo, Zagreb, 2004, str. 359.

⁹ Zakonske odredbe o obavezi plaćanja naknade u uporednom pravu su uglavnom dispozitivne, pa će taj režim važiti samo ako stranke ne ugovore besplatno pravo građenja. S druge strane, ugovorne odredbe koje pitanje naknade uređuju drugačije od zakonskog režima važiće za treća lica samo ako su upisane u odgovarajući registar prava na nepokretnostima.

stranke ugovorom mogu isključiti u konkretnoj situaciji (npr. isključenje naknade za upotrebu parcele ili za izgrađeni objekat po prestanku prava građenja; isključenje ili ograničavanje otuđivosti i nasledivosti...) ili koji se mogu modifikovati, pa zakonodavac pored navedene može predvideti još neku mogućnost u pogledu njih (npr. da predmet prava građenja pored tuđe može biti i svoja stvar...); i b) na one elemente, koje nije moguće isključiti ili menjati u bilo kom pravcu, jer bi se time zadrlo u samu suštinu ovog prava, pa to više ne bi bilo to isto, već neko drugo stvarno ili obligaciono pravo – na šta će u daljem tekstu biti ukazano.

U tom smislu, pravna teorija¹⁰, kao i zakonodavci nekih država prave razliku između zakonske i ugovorne sadržine prava građenja, pri čemu se prva ne može menjati sporazumom stranaka. Ustvari, reč je o podeli pravnih normi koje regulišu pravo građenja na imperativne i dispozitivne. Imperativnim normama se definišu oni elementi prava građenja koji čine njegovu suštinu. Naša, gore navedena podela elemenata prava građenja na one koji se mogu i one koji se ne mogu isključiti ili modifikovati, uključuje podelu sadržine prava građenja na zakonsku i ugovornu; ali naša klasifikacija sadrži i više od toga. Ona se zasniva na ideji da određene elemente prava građenja ne bi mogli isključiti ili izmeniti ne samo ugovarači ovog prava, nego ih ni zakonodavac ne bi mogao drugačije regulisati - jer bi time poništio identitet prava građenja (ne može se npr. predvideti da je predmet prava građenja pokretna stvar ili da njegovu sadržinu čini ovlašćenje raspolažanja parcelom). Razmatrajući predmet i sadržinu prava građenja, u daljem tekstu ukazaćemo na karakter ovih elemenata.

2. U *Prednacrtu* pravo građenja definisano je u čl. 2019 na sledeći način:

“1) Pravo građenja je vremenski ograničeno stvarno pravo imaoca na tuđem zemljištu, da bude sopstvenik postojeće zgrade, ili da izgradi novu zgradu i stekne na njoj pravo svojine.

2) Pravo građenja ima za predmet zgradu ili drugu građevinu iznad ili ispod površine tuđeg zemljišta.

3) Pravo građenja obuhvata upotrebu tuđeg zemljišta ispod ili iznad zgrade, kao i zemljišta koje služi korišćenju zgrade.

4) Ako se pravo građenja odnosi na građevinu ispod površine poslužnog zemljišta, ugovorom o osnivanju (pravo građenja) mora se odrediti način upotrebe zemljišne površine iznad građevina.”

Iz navedenog možemo zaključiti da definiciju prava građenja u *Prednacrtu* čine sledeći elementi: 1) pravna priroda; 2) sadržina; 3) predmet; i 4) ograničeno trajanje. U daljem tekstu *Prednacrtu*, dakle mimo čl. 2019 koji je naslovljen sa “Pojam”, sadržani su i ostali elementi koje smo izdvojili kao bitne karakteristi-

¹⁰ Više o tome: M. Vedriš, P. Klarić, *Građansko pravo*, Zagreb, 2004, str. 358.

ke prava građenja: svojstvo prenosivosti i nasledivosti ovog prava (čl. 2019); kao i obaveza titulara prava građenja na plaćanje naknade za upotrebu parcele (čl. 2032) i obaveza vlasnika parcele na plaćanje naknade za zgradu, koja prestankom prava građenja prelazi u njegovu svojinu (čl. 2039 – 2040). To znači da pravo građenja prema Prednacrtu sadrži sve elemente koji se u pravnoj teoriji i uporednom pravu izdvajaju kao bitni za njegov identitet i egzistenciju.

Prednacrt čak sadrži i odredbu (čl. 2021), kojom sadržinu prava građenja deli na zakonsku i ugovornu, ali ne navodi šta konkretno čini njegovu zakonsku sadržinu, već prepušta adresatu norme da to razgraniči. Kao što smo već rekli, reč je zapravo o podeli normi koje regulišu pravo građenja na imperativne i dispozitivne. Međutim, analiza odredbi kojima je regulisano pravo građenja i podela njegove sadržine na zakonsku i ugovornu - zadatak je pravne teorije i udžbeničke literature, a ne zakonodavca. Zato smo mišljenja da postojanje zasebne odredbe u Prednacrtu, koja deli sadržinu prava građenja na zakonsku i ugovornu, samo zbunjuje čitaoca i da je suvišna. Smatramo da je treba brisati naročito zato što svako stvarno pravo (službenosti, založno pravo...) ima svoju zakonsku i ugovornu sadržinu, pa nema razloga da se ovakva jedna odredba nađe samo u delu koji reguliše pravo građenja, koje očigledno nije jedino subjektivno pravo čija se sadržina može ovako podeliti.

U daljem tekstu razmotrićemo dva elementa iz definicije prava građenja - predmet i sadržinu - predstavljajući najpre način na koji ih određuju pravna teorija i uporedno pravo; a zatim izložiti i prokomentarisati način na koji ih reguliše Prednacrt. Prethodno ćemo se osvrnuti i na pravnu prirodu ovog instituta, što će nam biti od koristi pri razmatranju njegove sadržine.

PRAVNA PRIRODA PRAVA GRAĐENJA

1. *U pravnoj teoriji i uporednom pravu.* Iz definicija prava građenja u pravnoj teoriji¹¹ i uporednom pravu po pravilu je vidljiva i njegova pravna priroda, što je korisno, jer predupređuje eventualne nedoumice. Superficies rimskog prava, kao preteča prava građenja, je recimo u početku bio smatran obligacionim pravom.¹² Za pravo građenja je danas nesporno da spada u kategoriju ograničenih

¹¹ Hrvatski autori M. Vedriš i P. Klarić u knjizi Građansko pravo (Zagreb, 2004, str. 357) pravo građenja definišu na sledeći način: "Pravo građenja je stvarno pravo na tuđoj stvari sadržaj kojega je ovlašćenje izgraditi i imati u vlasništvu građevinu na tuđem zemljištu." Oni naglašavaju da ova definicija sadrži kombinaciju elemenata iz germanske i romanske koncepcije prava građenja. O ovim dvema koncepcijama prava građenja videti kod: P. Simonetti, Pravo građenja, Pravni život, 11-12/91, str.163–165.

¹² Više o superficies-u: O. Stanojević, Rimsko pravo, Beograd, 1995, str. 214.

stvarnih prava izvedenih iz svojine, pa je samim tim jasno da ima sva svojstva ovih prava¹³.

Sporno je, međutim, u koju kategoriju ograničenih stvarnih prava spada pravo građenja¹⁴. U nekim pravnim sistemima, poput švajcarskog, ono se tretira kao podvrsta službenosti. I u nacrtu Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije (koji nije stupio na snagu), koji je 2006. izradila Radna grupa Ministarstva finansija i ekonomije Vlade Republike Srbije uz podršku nemačke Organizacije za tehničku saradnju (GTZ), pravo građenja je regulisano u delu pod nazivom "Pravo službenosti građenja"¹⁵. Drugi smatraju da se pravom građenja ustvari naziva podeljena svojina na nepokretnosti. Prema većinskom opredeljenju, kome se pridružujemo, pravo građenja je zasebno ograničeno stvarno pravo, slično službenostima i podeljenoj svojini, ali po mnogo čemu i različito od njih – što je iz njegove sadržine vidljivo.

2. U *Prednacrtu*. I član 2019 *Prednacrtu* kao prvi element definicije prava građenja navodi njegovu pravnu prirodu, svrstavajući ga među stvarna prava. Iako to nije bilo neophodno s obzirom na činjenicu da se pravo građenja već nalazi u trećem delu *Prednacrtu* pod nazivom "Stvarno pravo", mišljenja smo da se ovo određenje ne mora brisati kao suvišno, jer je reč o novom pravu koje kod nas dosad nije postojalo¹⁶, pa je dobro otkloniti sve eventualne nedoumice oko njegove pravne prirode¹⁷ – koje neka druga subjektivna prava prate¹⁸. Samim tim je jasno i kakva svojstva i dejstvo ima pravo građenja.

¹³ Stvarna prava: nastaju povodom određene stvari, na kojoj titularu omogućavaju neposrednu pravnu vlast, a njegova ovlašćenja nastaju neposredno na osnovu zakona; spadaju u kategoriju apsolutnih prava, pa deluju erga omnes, namećući trećim licima obavezu nečinjenja u odnosu na stvar; sadrže pravo sledovanja stvari kod koga god se ona našla, nezavisno od toga da li je titular u pravnom odnosu s držaocem; sadrže pravo prvenstva nad svim obligacionim, kao i stvarnim pravima na istoj stvari koja su kasnije nastala; za njih, po većinskom mišljenju, važi načelo *numerus clausus*, kako u pogledu vrsta, tako i sadržine. Neki autori kao bitne zajedničke odlike stvarnih prava navode i načela: specijalnosti (postoje samo na pojedinačno određenim stvarima); publiciteta (stvarno pravo mora biti spolja obeleženo, vidljivo trećim licima) itd.

¹⁴ O ovom problemu više: R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2004, str. 388–389; N. Gavella i dr, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 694–695.

¹⁵ Videti u knjizi: Ka novom stvarnom pravu Srbije, Beograd, 2007, str. 74–75.

¹⁶ Neki autori, koji su pisali u vreme postojanja nekadašnje SFRJ, smatrali su da je pravo korišćenja oblik prava građenja (Č. Rajačić, V. Spaić, P. Simonetti...).

¹⁷ O ovim nedoumicama više: R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2004, str. 387.

¹⁸ Regulisanje ručne zaloge i založnog prava na pravima u okviru Zakona o obligacionim odnosima otvorilo je mogućnost za različita shvatanja njihove pravne prirode. Pojedini autori imaju dileme i oko založnih prava koja nastaju registracijom (hipoteka, a svakako i registrovana zaloga

Iz teksta Prednacrta proizilazi ne samo to da pravo građenja spada u ograničena stvarna prava, već je otklonjena bilo kakva dilema i oko pitanja da li je ono osobeno pravo ili podvrsta nekog drugog stvarnog prava. S obzirom na činjenicu da je pravo građenja regulisano u zasebnom poglavlju (treći deo treće knjige Prednacrta, nakon svojine i službenosti), jasno je da se ono smatra zasebnim stvarnim pravom, a ne podvrstom bilo kog drugog prava.

PREDMET PRAVA GRAĐENJA

U pravnoj teoriji i uporednom pravu

1. U pravnoj teoriji i uporednom pravu nesporno je da je predmet prava građenja *nepokretnost*. To ne bi mogla biti pokretna stvar, ali to ne bi mogla biti ni svaka nepokretna stvar. Neki pravni pisci¹⁹ preciziraju predmet prava građenja kao zemljište, odnosno celo zemljišnoknjižno telo – sa čim se slažemo. To ne bi mogao biti susvojinski udeo. Reč je o elementu prava građenja koji ne samo da se reguliše imperativnom normom i čini njegovu zakonsku sadržinu, već ga ni zakonodavac neke države ne bi mogao drugačije odrediti, jer bi pravo građenja time izgubilo svoj identitet.

Pošto pravo građenja sadrži ovlašćenje upotrebe tuđe nepokretnosti u cilju izgradnje građevinskog objekta – jasno je da je predmet prava građenja uvek parcela i to ne bilo koja parcela, već ona na kojoj je prema propisima jedne države moguće graditi, tj. građevinska parcela ili bar parcela koja se u skladu sa zakonom može “pretvoriti” u građevinsku. Većina stranih propisa ne sadrži izričito takvo ograničenje, možda i zato što potiču iz vremena kada podela parcela po nameni nije bila toliko aktuelna, ali nam se ovakvo razmišljanje čini logičnim. Besmisleno je ugovarati pravo građenja npr. na poljoprivrenom zemljištu, na kome se ono prema javnopravnim propisima ne može realizovati²⁰.

O ovom pitanju u pravnoj teoriji, međutim, ima i drugačijih mišljenja od našeg. Prema nekim autorima²¹, to što jedna zemljišna čestica prostornim planom nije predviđena za građenje, već za neku drugu namenu (ili ako nije predviđena za građenje takvih zgrada kakve bi prema sadržini prava građenja trebalo da budu izgrađene), nije smetnja za zasnivanje prava građenja. Ovakav zaključak

pokretnosti); nazivajući ih, zajedno sa pravom preče kupovine, *nepravim stvarnim pravima* (Podaci o tome: O. Stanković–M. Orlić, nav. delo, str. 4).

¹⁹ N. Gavella i dr, nav. delo, 1998, str. 698.

²⁰ Stav da se pravo građenja ne može zasnivati protivno javnopravnim ograničenjima zastupa i D. Medić, Novo stvarno pravo Republike Srpske, Banja Luka, 2016, str. 413.

²¹ N. Gavella i dr, nav. delo, str. 699 i 702.

se potkrepljuje argumentom da pravo građenja ne prestaje ni ako tokom njegovog trajanja bude donet prostorni plan kojim je na dotičnoj parceli zabranjena gradnja, već će ga na zahtev zainteresovanog lica sud ukinuti, jer je izgubilo razumnu svrhu. I uopšte, po mišljenju ovog autora, javnopravni propisi ne utiču na sadržinu i nastanak prava građenja, već samo na mogućnost njegovog izvršavanja, sužavajući titularova ovlašćenja (ali ih ne bi mogli povećati).

Po našem mišljenju, ne samo da nema smisla ugovarati nešto što se ne može realizovati (sa nadom da će se to jednog dana promeniti), već je i pitanje: može li biti punovažan ugovor, čija je sadržina suprotna imperativnim propisima, a samim tim može li nastati pravo građenja na osnovu takvog ugovora? Ako bi konstituisanje prava građenja bilo moguće i na parceli na kojoj se ne može graditi, postavlja se i pitanje: šta je u takvoj situaciji sa normama koje sadrže mnogi pravni sistemi, a kojima je predviđena mogućnost prestanka prava građenja pre vremena ako građevinski objekat ne bude započet ili ne bude završen u određenom roku, koji po pravilu nije naročito dug? Građevinski objekat koji treba da nastane realizacijom ovakvog prava građenja ne može biti izgrađen u roku, a verovatno ni bilo kada u budućnosti. Sve to čini diskutabilnim stav prema kome se pravo građenja može zasnovati na bilo kojoj parceli koju ugovarači odaberu i da ne treba postavljati nikakva ograničenja u tom smislu, a da je pitanje izvršavanja takvog prava građenja zasebno pitanje, odnosno da je nebitno što je takvo pravo građenja bez smisla i što se nikada neće realizovati. Čak i da ugovor o zasnivanju ovakvog prava građenja, čija je sadržina suprotna javnopravnim propisima, ne smatramo ništavim - razmišljanje autora o kome je reč je sasvim u domenu teorijskog i za praksu nije od značaja. Naime, ko bi bio zainteresovan za pribavljanje "neupotrebljivog" prava građenja? Jedina situacija u kojoj bi se moglo zamisliti konstituisanje takvog prava građenja je njegovo zasnivanje pod odložnim uslovom, a taj uslov bi bio - ako se javnopravni propisi promene. Međutim, i tada ostaje otvoreno pitanje punovažnosti ugovora čija je sadržina suprotna javnopravnim, imperativnim propisima, s tim da takav ugovor proizvede dejstvo ako se ti propisi promene. Pravilo je da ništav ugovor ne proizvodi pravno dejstvo ni ako se propisi kojima je suprotan promene (Što se grbo rodi, vreme ne ispravi), pa je pitanje da li se nešto menja ako se takav ugovor zaključi pod odložnim uslovom. I da uzmemo da je takav ugovor punovažan, cela ova rasprava oko pitanja mora li kod zasnivanja prava građenja parcela biti građevinska ili ne nije vredna praktičnog efekta: teško da će se iko odlučiti za njegovo zasnivanje. Zato smo mišljenja da predmet prava građenja mora biti ograničen u pogledu vrste parcele i da to može biti samo građevinska parcela ili ona, koje se prema važećim propisima može pretvoriti u građevinsku.

Građevinska parcela na kojoj se zasniva pravo građenja je po pravilu neizgrađena, ali bi po našem mišljenju možda mogla biti i izgrađena, samo je važno da mera njene izgrađenosti ne isključi mogućnost da se na njoj podigne i građevinski objekat za koji je titular prava građenja zainteresovan. To se odnosi na situaciju u kojoj je postojeći građevinski objekat u svojini vlasnika parcele nadzemnog karaktera, a pravo građenja podrazumeva takođe izgradnju nadzemnog objekta. Ovim stavom, međutim, dovodimo u pitanje konstataciju da se pravom građenja može opteretiti samo celo zemljišnoknjižno telo, ali je taj problem rešiv tako što će se taj deo zemljišta izdvojiti iz postojećeg i formirati kao novo zemljišnoknjižno telo (ili odgovarajuća jedinica u katastru nepokretnosti). Ako je, međutim, situacija takva da je postojeći građevinski objekat u svojini vlasnika parcele nadzemnog karaktera, a pravo građenja podrazumeva izgradnju podzemnog objekta (ili obrnuto) – onda smatramo nespornom mogućnost da već izgrađena građevinska parcela bude predmet prava građenja.

2. Postavlja se pitanje da li bi predmet prava građenja mogla biti i *tuđa zgrada*, jer bi i zgrada, kao i parcela, mogla biti osnova na kojoj se može podići nova građevina, putem nadziđivanja dodatnih spratova²². Pošto se isti onaj cilj, koji se postiže izgradnjom sopstvene građevine na tuđoj parceli, može postići i njenom izgradnjom na tuđoj zgradi – mišljenja smo da ovakva mogućnost nije isključena. Ali, pošto je upotreba parcele neophodna i kada se objekat gradi na tuđoj zgradi - jer mu se drugačije ne može pristupiti, niti se bez upotrebe parcele on može koristiti - ostaje otvoreno pitanje: da li je u slučaju izgradnje sopstvene građevine na tuđoj zgradi predmet prava građenja ta zgrada ili je to ipak parcela, na kojoj se nadzidana zgrada nalazi? Šire gledano, čini se da je i u ovom slučaju predmet prava građenja tuđa parcela, a ne tuđa zgrada, kako to na prvi pogled izgleda. O ovom pitanju u pravnoj teoriji različitih država ima dosta različitih mišljenja (kao što i o prirodi prava nadziđivanja tuđe zgrade ima različitih stavova): po jednim predmet ovakvog prava je zgrada; po drugima zemljište; po trećima superficijarno pravo; a po četvrtima i zgrada i zemljište – što je po našem mišljenju možda i najbliže realnosti²³.

Zakoni nekih država²⁴ predviđaju analognu primenu odredbi o pravu građenja i na situaciju kada se gradi na tuđoj zgradi; a neki pravni pisci²⁵ takvo pravo nazivaju pravom nadgradnje i smatraju ga podvrstom prava građenja. I na-

²² O ovoj temi više: *N. Planojević*, Realizacija prava nadziđivanja i adaptacije zgrade - put ka sticanju svojine, *Pravni život*, 10/1997, str. 35-61.

²³ Podaci preuzeti od: *P. Simonetti*, *Pravo građenja*, Sarajevo - Beograd, 1986, str. 281-285.

²⁴ Videti čl. 302 Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske.

²⁵ *D. Medić*, *Novo stvarno pravo Republike Srpske*, Banja Luka, 2016, str. 426.

crtom Zakonika o svojini i drugim stvarnim pravima Srbije²⁶ predviđeno je da službenost građenja može sadržati ne samo ovlašćenje izgradnje svoje zgrade na tuđoj parceli, već i ovlašćenje nadziđivanja, doziđivanja, dovršavanja ili obnove tuđe zgrade.

Ono što se u pravnoj teoriji smatra nespornim²⁷ je nemogućnost ugovaranja prava građenja čiji bi predmet bio samo tavan ili neki sprat postojeće zgrade, čak i ako bi zgrada bila u etažnosvojinskom pravnom režimu.

3. Predmet prava građenja je po pravilu *tuđa* parcela. Mišljenja smo da su u vezi ovog elementa prava građenja moguće modifikacije, jer njegova suština ne bi bila ugrožena ni kada bi se dopustila mogućnost konstituisanja prava građenja na sopstvenoj stvari, mada bi se u tom slučaju funkcija ovog instituta u potpunosti mogla ostvariti tek u jednom kasnijem momentu, kada bi došlo do razdvajanja svojinskog subjekta od titulara prava građenja. Takva je situacija i kod drugih "svojinskih" stvarnih prava, poput službenosti ili hipoteke. Kao što postoje razlozi koji opravdavaju uspostavljanje svojinske službenosti ili hipoteke, tako postoje i razlozi zbog kojih bi se određeni subjekti odlučili na konstituisanje prava građenja na sopstvenoj nepokretnosti. Pošto autonomiju volje ne treba ograničavati ako to nije neophodno - ovu mogućnost smatramo prihvatljivom. Ona je predviđena recimo u hrvatskom pravu.²⁸

4. Od predmeta prava građenja treba razlikovati *objekat koji nastaje realizacijom, odnosno konzumiranjem ovlašćenja, koja čine pravo građenja*. Dok je predmet prava građenja parcela, rezultat realizacije ovog prava je građevinski objekat, čija je izgradnja ugovorena, a koji može biti nadzemni ili podzemni. Najčešće je to zgrada – kuća za individualno stanovanje ili poslovna zgrada, ali to može biti i zgrada u etažnosvojinskom pravnom režimu, garaža, bazen, ribnjak, žičara²⁹ ili bilo koji dugi građevinski objekat za koji se prema važećim propisima može dobiti odobrenje za izgradnju. Pošto se pravo građenja ustanovljava na duži rok, građevinski objekat je po pravilu trajnijeg karaktera³⁰.

Smatra se da rezultat realizovanog prava građenja ne mora uvek biti građevinski objekat, već da to mogu biti i dugoročni zasadi, pri čemu je objekat prava građenja u tom slučaju očigledno parcela koja nije građevinska. I termin pravo građenja u ovakvoj situaciji postaje neprikladan, pa bi se mogao zameniti nekim

²⁶ Videti u knjizi: Ka novom stvarnom pravu Srbije, Beograd, 2007, str. 74, čl. 347, st. 2.

²⁷ O tome: N. Gavella i dr, nav. delo, str. 699.

²⁸ Videti čl. 284 hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

²⁹ Ovaj primer navode: M. Vedriš, P. Klarić, nav. delo, str. 358.

³⁰ Isto mišljenje: N. Gavella i dr, nav. delo, str. 702.

drugim, kao što je pravo sađenja ili “nepravo” pravo građenja. Preteča ove varijante prava građenja u rimskom pravu nazivala se *emfitevza*.³¹

U Prednacrtu Građanskog zakonika

1. Predmet prava građenja određen je u čl. 2019 Prednacrtu, koji je citiran u delu rada o pojmu ovog instituta. U vezi predmeta prava građenja u Prednacrtu nailazimo na neobičnu situaciju: u stavu 1 člana 2019 stoji da je pravo građenja “...stvarno pravo imaoca *na tuđem zemljištu...*”; dok u stavu 2 istog člana piše: “Pravo građenja ima za predmet *zgradu ili drugu građevinu* iznad ili ispod površine tuđeg zemljišta”. Tako je otvorena nova dilema: šta je zapravo prema Prednacrtu predmet prava građenja - tuđe zemljište ili zgrada, odnosno druga građevina iznad ili ispod površine tog zemljišta?

Ako znamo da pravo građenja nastaje tako što se iz prava svojine na parceli konstitutivnim pravnim prometom na drugo lice prenose ovlašćenja na državinu i upotrebu te parcele u cilju izgradnje nove zgrade i sticanja svojine na njoj – jasno je da predmet prava građenja može biti samo tuđa parcela, koja je istovremeno i predmet prava svojine iz koga se izdvajaju odgovarajuća ovlašćenja i prenose drugome. Opšte je poznato da pravo, nastalo konstitutivnim prometom³², mora imati isti predmet kao i pravo iz koga su ovlašćenja koja se prenose izdvojena - u našem slučaju kao i svojina na parceli. Zgrada ili drugi građevinski objekat koji nastaje izgradnjom je samo rezultat realizovanog prava građenja, odnosno «konzumiranja» ovlašćenja koja ga čine – kao što je već objašnjeno u prethodnom delu rada. Zgrada je predmet prava svojine, koju imalac prava građenja na njoj izgradnjom stiče i nije predmet prava građenja – iako je svojina na zgradi (obavezan) element sadržine prava građenja.

Konačno, zgrada koju tek treba izgraditi ne može biti predmet prava građenja, jer u momentu zasnivanja ovog prava ona i ne postoji, a pravo građenja, kao uostalom ni bilo koje drugo stvarno pravo, ne može postojati bez svog predmeta. Ako bi zgrada, kao buduća stvar, bila predmet prava građenja, onda bi ono, kao stvarno pravo, moglo nastati tek kada zgrada bude sagrađena. Pravo građenja će, međutim, prema Prednacrtu postojati i dok zgrada ili drugi građevinski objekat ne budu sagrađeni³³, pa čak i ako nikada ne budu sagrađeni, što je još jedan do-

³¹ O tome više: *D. Stojanović*, *Stvarno pravo*, Kragujevac, 1998, 9. izdanje, str. 284.

³² Shvatanje koje iznosima, a po kome prethodnik sledbeniku kod konstitutivnog prometa prenosi deo svog prava je jedno od više, kojima se ova pojava objašnjava. O tome više: *V. V. Vodinelić*, *Građansko pravo – Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Beograd, 2012, str. 287–288.

³³ Ovakav stav ima i: *N. Gavella* i dr, nav. delo, str. 697.

kaz da zgrada nije predmet ovog prava. Naime, čl. 2035 Prednacrta predviđa da se zbog negradnje može tražiti prevremeni prestanak prava građenja, iz čega jasno proizilazi da ovo pravo postoji i bez zgrade - jer subjektivno pravo bez predmeta ne može nastati, a nešto što nije nastalo ne može ni prestati. Negradnja zgrade je samo jedan od razloga za prestanak *postojećeg* prava građenja, pod uslovom da vlasnik parcele to zahteva. Ako takvog zahteva nema, pravo građenja teorijski može postojati sve do isteka roka na koji je ustanovljeno, bez obzira na to što ugovoreni objekat nikada nije sagrađen – uz neke druge građanskopravne posledice.

Sve što smo naveli ukazuje da predmet prava građenja nije zgrada ili druga građevina, kao što stoji u čl. 2019, st. 2. Predmet prava građenja je u Prednacrtnu pogrešno određen, što treba ispraviti. Najbolje bi bilo stav 2 člana 2019, koji stvara konfuziju, izbrisati, pa bi ostala samo formulacija iz stava 1 člana 2019, prema kome je pravo građenja “...stvarno pravo imaoca *na tuđem zemljištu...*”, tako da ne bi bilo dileme oko toga šta je predmet ovog prava.

2. Pravo građenja je, prema Prednacrtnu, stvarno pravo na tuđem zemljištu i *ne može se konstituisati na sopstvenoj parceli*, kao što to dopuštaju zakoni nekih drugih država³⁴. Pravo građenja na sopstvenoj parceli je, međutim, prema Prednacrtnu ipak moguće ako dođe do toga da se svojstvo imaoca prava građenja i vlasnika parcele stekne u jednom licu - kada vlasnik može, ako želi, zadržati pravo građenja na svojoj parceli (čl. 2037). Naše pitanje je: zašto je “svojinsko” pravo građenja moguće kao posledica eventualnog spajanja ova dva stvarna prava u ruci istog lica, a nije ga moguće ustanoviti od samog početka? Ako ova situacija nije poželjna, onda postoji razlog za to i nije jasno šta se menja u zavisnosti od toga kako je pravo građenja na sopstvenoj stvari nastalo: namerom vlasnika ili slučajem, usled spajanja svojine i prava građenja u istoj ruci. Mišljenja smo da “svojinsko” pravo građenja treba ili zabraniti ili dozvoliti (što smatramo boljim rešenjem), umesto što je ono nekad dozvoljeno, nekad ne – što je sadašnje opredeljenje Prednacrta.

SADRŽINA PRAVA GRAĐENJA

U pravnoj teoriji i uporednom pravu

1. Sadržinu prava građenja čine dva ovlašćenja koja vlasnik izvodi iz svojine na parceli i prenosi ih konstitutivnim pravnim prometom na titulara prava građenja, kreirajući na taj način ovo pravo. To su ovlašćenja državine i upotrebe parcele u određenom pravcu, dok ovlašćenje raspolaganja zadržava vlasnik parcele. Kada bismo se zadržali na ovoj konstataciji, ne bi bilo moguće razlikovati pravo

³⁴ Videti npr. čl. 284 hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.

građenja od službenosti³⁵, pa se moraju izvršiti dalja preciziranja, koja predstavljaju ono što se u logici zove “specifična razlika” prava građenja u odnosu na slična stvarna prava.

Naime, *ovlašćenje upotrebe* parcele koje se prenosi titularu prava građenja je specifično po tome što je on nadalje, po našem mišljenju, ne bi mogao upotrebljavati i iskorišćavati na svaki mogući način koji ne zadire u supstancu stvari, kao recimo kod plodouživanja, već samo sa jednim ciljem: radi izgradnje ugovorenog građevinskog objekta na njoj (što je jedino dopušteno zadiranje u supstancu stvari), a zatim na način koji je neophodan i uobičajen za korišćenje izgrađenog objekta – što zavisi od vrste i namene objekta. Drugi načini upotrebe parcele, po našem mišljenju, ne čine sadržinu prava građenja, već bi se morali posebno ugovoriti – ako to zakonom nije isključeno. Konačno, po ovom specifičnom načinu upotrebe tuđe parcele pravo građenja je i dobilo svoje ime.

U uporednom pravu, međutim, ima i drugačijih rešenja. Hrvatski zakonodavac, recimo, izričito predviđa da titular prava građenja na parceli ima ovlašćenja i dužnosti plodouživaoca. Iako smo mišljenja da ne treba ići tako daleko i priznavati titularu prava građenja položaj plodouživaoca na tuđoj parceli, na kojoj je sagradio zgradu, već da je dovoljno priznati mu pravo njene upotrebe u meri koja je neophodna za korišćenje građevine – moramo priznati da između ove dve mogućnosti (plodouživanje ili upotreba u nužnoj meri) možda u praksi i neće biti mnogo razlike. To smatramo zato što je reč o građevinskoj parceli koja se po pravilu faktički i ne može upotrebljavati na beskonačno mnogo načina.

Državina titulara prava građenja je preduslov za upotrebu parcele i ona je po pravilu neposredna, a državina vlasnika parcele je posredna državina stvari.

Navedeni elementi prava građenja čine njegovu “zakonsku” sadržinu, koja se ugovorom stranaka (ali ni voljom zakonodavca jedne države) ne može kreirati drugačije, a da pravo građenja ne izgubi svoj identitet.

Istovremena upotreba parcele od strane njenog vlasnika je pitanje koje se može rešiti na različite načine, zavisno od konkretne situacije na terenu (npr. da li i vlasnik parcele na njoj ima građevinski objekat koji koristi ili je parcela neizgrađena; da li je objekat nadzemni ili podzemni...), ali je ona po pravilu isključena. Po tome je pravo građenja slično plodouživanju³⁶, kod koga je upotreba objekta plodouživanja za vlasnika takođe isključena, a njegovo pravo svojine svedeno na “golu” svojinu, odnosno na posrednu državinu i ovlašćenje raspolaganja svojinskim objektom. U hrvatskom pravu, u kome titular prava građenja po zakonu

³⁵ O ovom razgraničenju videti kod: *N. Gavella* i dr, nav. delo, str. 695; *M. Vedriš, P. Klarić*, nav. delo, str. 357–358.

³⁶ O razgraničenju prava građenja od plodouživanja: *R. Kovačević Kuštrimović, M. Lazić*, *Stvarno pravo*, Niš, 2004, str. 383–390.

ima položaj plodouživaoca, vlasnik će svakako biti isključen od istovremene upotrebe parcele.

2. Bitan element sadržine prava građenja je i da njegovom realizacijom, odnosno izgradnjom ugovorenog građevinskog objekta titular ovog prava stiče svojinu na njemu, koja je oročena na onoliko vremena koliko je predviđeno da pravo građenja traje (izuzev u državama u kojima je pravo građenja trajno, pa samim tim i pravo svojine na zgradi, koje čini sastavni deo njegove sadržine³⁷). Pravo svojine na zgradi je neodvojivi element prava građenja i od momenta nastanka zgrade svojina na njoj i pravo građenja čine nedeljivu pravnu celinu³⁸. I ovo je element prava građenja koji ne trpi modifikacije, pa se ne može drugačije kreirati³⁹, tako da, recimo, titular prava građenja na izgrađenom objektu ne stekne svojinu, već neko drugo stvarno ili obligaciono pravo. U toj situaciji, više se ne bi radilo o pravu građenja. Ovo je takođe element koji predstavlja ključnu razliku između prava građenja i stvarne službenosti, koja ga ne može sadržati.

U Prednacrtu Građanskog zakonika

1. U gore navedenom članu 2019 Prednacrtu određena je i sadržina prava građenja. Iz njega najpre proizilazi da pravo građenja može imati sadržinu koju smo već izložili i koju bismo nazvali "standardnom" i obuhvatati *ovlašćenje državine i upotrebe tuđe parcele u cilju izgradnje i korišćenja novoizgrađene zgrade, na kojoj titular stiče svojinu*. Sadržina standardnog oblika prava građenja detaljnije je razrađena u čl. 2027 Prednacrtu⁴⁰, a za ovlašćenja koja titular ima na parceli koriste se dva termina: upotreba i uživanje. Nije jasno da li ovi termini znače da titular na parceli ima položaj sličan nosiocu istoimenih ličnih službenosti (usus i usufructus) kao što je to slučaj u hrvatskom pravu; ili se radi o terminima kojima je

³⁷ O pravu građenja u uporednom pravu: M. Lazić, Pravo građenja, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, XLII/2002, str. 201–210.

³⁸ N. Gavella i dr. (Stvarno pravo, Zagreb, 1998, str. 697) u tom smislu govore o svojstvu neodvojivosti, koje karakteriše pravo građenja.

³⁹ Na isti način sadržina prava građenja određena je i kod: N. Gavella i dr, nav. delo, str. 700–701; M. Vedriš, P. Klarić, nav. delo, str. 358.

⁴⁰ Član 2027: "Imalac prava građenja ima pravo svojine na zgradi, koja se nalazi ispod ili iznad površine tuđeg zemljišta. Ako zgrada nije postojala odranije, imalac ima pravo da sazida zgradu i da stekne pravo svojine na njoj. Na zemljištu ispod ili iznad zgrade, kao i na zemljištu koje je potrebno za korišćenje zgrade, imalac ima prenosivo pravo upotrebe i uživanja. Imalac ima pravo da sruši postojeće zgrade i sazida novu ili nove zgrade, izuzev ako ugovorom o osnivanju nije predviđeno što drugo. Ako se pravo građenja odnosi na građevinu ispod poslužnog zemljišta, ugovorom o osnivanju mora se odrediti način upotrebe i uživanja zemljišne površine iznad građevine."

imenovano jedno od svojinskih ovlašćenja koje je vlasnik parcele preneo titularu prava građenja – što je po našem mišljenju prihvatljivija varijanta.

2. Ono što čitaocu deluje zbunjujuće u regulativi Prednacrta je to, što pravo građenja izgleda ne mora uvek imati ovakvu sadržinu. Druga opcija (koja je u Prednacrtnu čak navedena kao prva) je da pravo građenja ne obuhvata ovlašćenje na izgradnju nove zgrade u cilju sticanja svojine na njoj, već da njegovu sadržinu čini *sticanje vremenski ograničene svojine na već postojećoj zgradi na tuđoj parceli* (“Pravo građenja je vremenski ograničeno stvarno pravo imaoca na tuđem zemljištu, da bude sopstvenik postojeće zgrade, ili...” - čl. 2019, st. 1). Daljom analizom ove odredbe dolazimo do zaključka da takva formulacija može imati dva značenja.

Prva mogućnost je da se ovakvom formulacijom nije želelo kreirati pravo građenja sa drugačijom sadržinom od uobičajene, već da se mislilo na ovlašćenja koja stiće lice, koje od prvobitnog titulara prava građenja nasleđuje ili pravnim poslom za života pribavlja to pravo. Pošto je prvi imalac prava građenja već realizovao ovlašćenje na izgradnju zgrade na tuđoj parceli, sagradio je i na njoj stekao svojinu – novi sticalac prava građenja zapravo i pribavlja svojinu *postojeće* zgrade i ovlašćenje na upotrebu parcele radi njenog korišćenja dok traje pravo građenja koje je stekao. Ako je ovo pravi smisao formulacije iz čl. 2019, onda ovaj član treba izmeniti i izbrisati navedenu formulaciju, a u nekom od narednih stavova istog člana ili u nekom drugom članu samo propisati otuđivost i nasledivost kao svojstva prava građenja – što je dovoljno da se shvati šta stiće lice kome se otuđi pravo građenja. Na taj način će biti potpuno jasno da sadržinu prava građenja čini ovlašćenje na izgradnju nove zgrade na tuđoj parceli radi sticanja svojine na njoj; kao i da su otuđivost i nasledivost prava sa ovakvom sadržinom njegova svojstva, koja rezultiraju pribavljanjem svojine na tako nastaloj zgradi od strane trećeg lica i ovlašćenja na upotrebu parcele u roku trajanja prava građenja.

Ako pak navedena formulacija ostane, ona će značiti da pravo građenja u našem pravu može imati i drugačiju sadržinu od “standardne”. Ovo tim pre, što je u čl. 2029 Prednacrta⁴¹ predviđena otuđivost i nasledivost prava građenja; a u čl. 2027⁴², u kome se razrađuju ovlašćenja koja čine sadržinu prava građenja, postoji formulacija koja potvrđuje da pravo građenja može nastati i u obliku koji podrazumeva sticanje (oročene) svojine na postojećoj zgradi, bez potrebe njene izgradnje.

⁴¹ “Imalac prava građenja može prodati i na drugi način preneti pravo svojine na sažidanoj (izgrađenoj) zgradi u celini zajedno sa pravom upotrebe i uživanja poslužnog zemljišta.” (čl. 2029, st. 1) “Pravo građenja prelazi na naslednike” (čl. 2029, st. 5).

⁴² “Ako zgrada nije postojala odranije, imalac ima pravo da sazida zgradu i da stekne pravo svojine na njoj” (čl. 2027, st. 2).

To znači da se formulacijom iz čl. 2019 o kojoj je reč želeo predvideti *specifičan oblik prava građenja*, čiju sadržinu ni za prvog imaoca ne mora uvek činiti ovlašćenje na upotrebu tuđe parcele u cilju izgradnje zgrade na kojoj stiče (oročenu) svojину. Sadržinu ovog prava bi prema čl. 2019 moglo činiti i sticanje (oročene) svojine na *postojećoj zgradi* - dakle na zgradi koju je sagradio *vlasnik parcele* (ili neko treći), a ne titular prava građenja - uz ovlašćenje upotrebe parcele na kojoj se zgrada nalazi. Prvo pitanje koje se nameće u vezi prava građenja ovakve sadržine je pitanje svrhe njegovog postojanja sa konstrukcijom koja bi izgledala ovako: - lice A je vlasnik parcele i zgrade na njoj; - upotrebu parcele i svojinu na zgradi ono na određeno vreme prenosi licu B, koje mu plaća naknadu za korišćenje parcele i koje ima pravo na otuđivanje inter vivos ili mortis causa prava građenja sa ovakvom sadržinom dok ono traje; - sa prestankom prava građenja svojina na zgradi se opet vraća licu A, a pravo lica B na upotrebu parcele prestaje. Prikazana konstrukcija nije nemoguća, ali se postavlja pitanje zašto bi je vlasnik izabrao, ako već isti efekat (dobijanje naknade za upotrebu zgrade i parcele od strane lica B) može da postigne i davanjem zgrade i zemljišta u dugoročni zakup licu B ili konstituisanjem plodouživanja? Razlika bi bila samo u tome što se na lice B u toj situaciji ne bi prenosila oročena svojina; i što plodouživanje, za razliku od ovako zamišljenog prava građenja, nije nasledivo ni otudivo.

Mogućnost konstituisanja prava građenja na već postojećoj zgradi predviđena je recimo u hrvatskom pravu⁴³. Hrvatski autori⁴⁴ konstatuju tim povodom kako već podignuta zgrada ne sprečava konstituisanje prava građenja, objašnjavajući kako se u tom slučaju postojeća zgrada pravno odvaja od zemljišta na kome je izgrađena i pravno prirasta "veštačkom zemljištu" - pravu građenja, čiji titular postaje njen novi vlasnik. Specifičnost hrvatske koncepcije prava građenja (pa i koncepcije ovog prava u Republici Srpskoj) je u tome što se pravo građenja po zakonu smatra nepokretnošću ("veštačko zemljište"), a dalja zanimljiva posledica ove fikcije, smatraju hrvatski autori, je da zgrada koju neko drugi bez pravnog osnova izgradi na parceli opterećenoj pravom građenja nije priraštaj te parcele, već prava građenja, kao "umjetnog zemljišta" i biće u svojini titulara prava građenja, a ne vlasnika parcele. Navedena fikcija nije predviđena Prednacrtom.

3. Mišljenja smo da za ovako koncipiranim pravom građenja - koje obuhvata svojinu na postojećoj zgradi - u našem pravu nema potrebe, jer se slična svrha može postići plodouživanjem ili dugoročnim zakupom. Ono ne odgovara mentalitetu našeg čoveka koji svojinu na nepokretnostima nije navikao da prenosi drugačije nego trajno - prodajom ili poklonom; a ovoj konstrukciji nedostaje i suštin-

⁴³ O pravu građenja u hrvatskom pravu više: P. Simonetti, Pravo građenja u Republici Hrvatskoj, Pravni život, 10-2/2003, str. 503-539.

⁴⁴ N. Gavella i dr, nav. delo, str. 699.

ski element prava građenja, po kome ono i nosi svoje ime – izgradnja svoje zgrade na tuđoj parceli. Pravo građenja je, posmatrano kroz vreme⁴⁵, upravo i nastalo zbog ovog elementa (mogućnost izgradnje svoje zgrade na tuđem zemljištu), koji ne sadrži ni jedno drugo stvarno pravo i čija je svrha pojeftinjenje sticanja sopstvenog doma ili poslovnog prostora, jer se štedi na ceni parcele. Konačno, pošto se Prednacrtno pravo građenja prvi put uvodi u naš pravni sistem, možda je bolje za početak krenuti od njegovog “standardnog” oblika, a varijacije ostaviti za kasnije, kada ono u praksi zaživi. Ako je opcija o kojoj je reč ipak pravi smisao formulacije iz čl. 2019 i ako se ona zadrži - onda bi to pravo građenja bar trebalo nazvati “nepravim” ili ga na neki drugi način označiti kao izuzetak od pravila, kao što je to npr. plodouživanje na potrošnim stvarima.

ZAKLJUČAK

Na osnovu iznetog najpre bismo konstatovali da pravo građenja svojom sadržinom odgovara potrebama domaćeg stanovništva i stoga podržavamo opredeljenje Komisije za izradu Građanskog zakonika da ga uvede u naš pravni sistem. Pojam prava građenja iz čl. 2019 Prednacrta sadrži sve one elemente koji se navode kao bitni za njegov identitet kako u uporednom pravu, tako i u pravnoj teoriji. Prednacrtno je ispravno određena i pravna priroda prava građenja kao ograničenog stvarnog prava sui generis.

Predmet prava građenja je, međutim, stavom 2 člana 2019 Prednacrta pogrešno određen kao zgrada ili druga građevina iznad ili ispod površine tuđeg zemljišta, što treba izbrisati, jer je predmet ovog prava, kao što je u radu objašnjeno - tuđa parcela. Iz razloga koji su u radu navedeni zalažemo se da u Prednacrtnu bude precizirana i vrsta parcele koja može biti predmet ovog prava, tj. da to može biti samo građevinska (izgrađena ili neizgrađena) parcela. Smatramo da bi trebalo u vidu pravila dopustiti konstituisanje prava građenja i na sopstvenoj parceli, a ne samo u vidu izuzetka onda kada se ovo pravo i svojina spoje u istoj ruci, jer ne postoji opravdan razlog za ovakvo (selektivno) ograničavanje autonomije volje ugovarača. Posebno važnim za naše uslove i rešavanje stambenih problema naših građana smatramo uvođenje još jedne podvrste prava građenja, čiji bi predmet bila tuđa zgrada, koja bi se mogla nadzidati sopstvenim spratovima – što je mogućnost koja u uporednom pravu postoji.

Što se tiče sadržine prava građenja ona je u Prednacrtnu adekvatno određena. Posebno dobrim smatramo opredeljenje da se titularu ovog prava ne prizna položaj plodouživaoca na parceli, već samo pravo njene upotrebe, koja bi po na-

⁴⁵ O uzrocima nastanka i razvoju prava građenja: M. Vedriš, P. Klarić, nav. delo, str. 356.

šem mišljenju trebalo da bude definisana kao ograničena, odnosno kao upotreba parcele isključivo u cilju i u meri potrebnoj za korišćenje građevine.

Konačno, zalažemo se za brisanje iz Prednacrtu varijante prava građenja čiju sadržinu ne čini izgradnja svoje zgrade na tuđoj parceli, već ustupanje oročene svojine na postojećoj zgradi, uz upotrebu parcele. Oročeno prenošenje svojine nije u skladu sa našim mentalitetom, pa ni funkcijom prava građenja čija je uloga da pojeftini izgradnju svoje zgrade za cenu zemljišta. Svrha slična onoj koja se postiže ovom varijantom prava građenja može se kod nas ostvariti dugoročnim zakupom ili plodouživanjem tuđeg zemljišta sa zgradom, pa nema potrebe za uvođenjem ovog netipičnog prava građenja.

NINA PLANOJEVIĆ, PH.D,

Associate Professor, Faculty of Law University of Kragujevac

THE SUBJECT AND THE CONTENT OF THE RIGHT TO CONSTRUCTION IN THE PRELIMINARY DRAFT OF SERBIAN CIVIL CODE

Summary

The Preliminary draft of the Republic of Serbia Civil Code introduces into our legal system a new provision of property law – the right to construction. In the first part of the paper, the author establishes the elements of the definition of the right to construction and its legal nature. The second part is dedicated to the analysis of the subject of the right to construction and the third part to its content. The author analyzes these issues in the way that she firstly determines the subject and content of the right to construction taking into account the existing stands in legal theory and the regulations in other countries. Then, the author uses this model to compare and comment the how these issues are regulated in the Preliminary draft. In concluding part, the author sums up the suggestions for changes and supplements of the Preliminary draft provisions regulating the subject and content of the right to construction.

REALNI TERETI

U V O D

Realni tereti su nastali u srednjevjekovnom feudalnom pravu¹ gdje je svojina bila podijeljena između više titulara. Ovaj institut potiče iz feudalnih podaničkih odnosa kao jedan od vidova ekonomske eksploatacije. Feudalni gospodari su svoje nepokretnosti opterećene realnim teretom davali kmetovima. Oni su imali pravo da tu nepokretnost koriste, ali i obavezu da predaju plodove feudalcima. Pored toga, morali su i da određen broj dana rade na njihovom imanju. Realni teret je djelovao prema svakom sticaocu opterećene nepokretnosti i on je bio u obavezi da izvršava njegov sadržaj. Uporedo sa razvojem robnonovčanih odnosa mijenjala se i priroda ovih obaveza, pa su umjesto rada i naturalnih davanja feudalci sve češće tražili isplatu u novcu. Poslije ukidanja feudalnih odnosa mnogi realni tereti su prestali da postoje.²

Uporedna zakonodavstva imaju različit odnos prema realnim teretima. Francuski građanski zakonik ne reguliše ovaj institut, vjerovatno zbog toga što je postojao strah od obnove feudalnih odnosa. U Austrijskom građanskom zakoniku realni tereti su normirani samo djelimično. Ovaj zakonik sadrži samo odredbe

Prof. dr Duško MediĆ, sudija Ustavnog suda Republike Srpske.

¹ Rimsko pravo nije poznavalo realne terete, jer nije dozvoljavalo mogućnost da stvarno pravo na tuđoj stvari obavezuje vlasnika stvari na određena davanja i činjenja. O istorijatu realnih tereta v. I. Babić, *Realni (stvarni) tereti*, *Pravni život*, br. 10/12, str. 673–674.

² *Leksikon građanskog prava*, glavni urednik O. Stanković, Beograd, 1996, str. 614.

u vezi s nekim vrstama realnih tereta.³ Njemački građanski zakonik ih sveobuhvatno propisuje,⁴ dok ih Švajcarski građanski zakonik reguliše sa velikim ograničenjima u dejstvima.⁵ Od republika bivše SFRJ realni tereti su normirani u hrvatskom Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima⁶ i makedonskom Zakonu na sopstvenost i drugi stvarni pravi⁷.

Mogućnost postojanja realnih tereta bila je priznata Zakonom o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima (ZOSPO) bivše SFRJ,⁸ koji je upućivao na to da ih je trebao urediti posebni (republički) zakon. To nije bilo urađeno, pa je ovaj institut, koji je više istorijska kategorija, kod nas imao relativno mali značaj.⁹ Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske (ZSP)¹⁰, koji je donio dosta novina u materiji stvarnopravnih odnosa, realne terete je regulisao dosta opširno.¹¹ Pošto kod nas realni tereti na nepokretnostima gotovo ne postoje, možda će ovo detaljno regulisanje dovesti i do njihove buduće primjene u praksi.

POJAM

ZSP propisuje da realni teret daje svom korisniku ograničeno stvarno pravo na nepokretnosti koju opterećuje ovlašćujući ga da mu se na teret njene vrijedno-

³ § 1122–1150 (odredbe o zakupu nasljednom, nasljednoj dači i podnini, itd.). Pored toga, spominju se stalne godišnje rente (§ 530, 687, 928), prihod dosmrtni (§ 1284–1286), a na nekim mjestima se govori o pravima i dužnostima koje su povezane sa realnim teretima (§ 512, 686, 928).

⁴ § 1105–1112. Prema § 1105. o realnom teretu se radi kad se neko zemljište optereti na način da onome u čiju korist je opterećenje ustanovljeno treba iz zemljišta izvršiti periodične činidbe.

⁵ Članovi 782–792. Član 782. st. 1. propisuje da realni teret obavezuje aktuelnog vlasnika prema trećem na određene prestacije na koje je on obavezan samo tom nepokretnošću.

⁶ Članovi 246–279.

⁷ Članovi 236–239.

⁸ Članovi 6, 7 i 60. ZOSPO.

⁹ Realni tereti su spominjani samo u nekim posebnim zakonima (v. npr. član 116. Zakona o nasljeđivanju bivše FNRJ iz 1955. godine). Oni su obično nastajali zaključivanjem ugovora o doživotnom izdržavanju ili ugovora o ustupanju i raspodjeli imovine za života. Njihovo zasnivanje se najčešće opravdavalo osiguranjem izdržavanja osnovnih životnih potreba starijih ljudi koji su nesposobni za rad i koji nemaju vlastite djece u svom domaćinstvu – v. Veliki pravni priručnik, Jugoslovenski pravni sistem, drugo prerađeno i dopunjeno izdanje, glavni redaktor B. Blagojević, Beograd, 1977, str. 465. O realnim teretima šire: R. Kovačević Kuštrimović, Pravo realnog stvarnog tereta, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 43/03, str. 61–81.

¹⁰ Službeni glasnik RS, br. 124/08, 58/09, 95/11 i 60/15.

¹¹ Članovi 264–285. ZSP. Ove odredbe su najbliže odredbama hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, kome su uzor bila rješenja švajcarskog zakonika.

sti periodično daju stvari ili čine radnje koje čine njegov sadržaj.¹² Pošto se radi o ograničenom stvarnom pravu, ovaj teret ima apsolutno dejstvo (*erga omnes*) prema svim licima. Odgovornost na činidbu uvijek pogađa svakidašnjeg vlasnika te nepokretnosti bez obzira kada je obaveza dospjela. On treba da ispunjava sadržaj tereta. Nepokretnost opterećena realnim teretom služi za obezbjeđenje tih periodičnih davanja.¹³ Za korisnika realnog tereta nije bitno ko je vlasnik opterećene nepokretnosti. Pravo realnog tereta se od nje ne može odvojiti. U slučaju prometa te nepokretnosti sa njom se prenosi i realni teret.¹⁴ Novi sticalac nepokretnosti opterećen je tim teretom u istom obimu i na isti način kao i prethodni vlasnik te nepokretnosti. Postoji subrogacija u pogledu obaveze davanja i činjenja dužnika.

Pravna priroda realnih tereta je prilično sporna i specifična. Podijeljena su mišljenja koji aspekt je kod njih dominantan – stvarnopravni ili obligacionopravni. ZSP je kod normiranja ovog instituta prihvatio vladajuće shvatanje po kome su realni tereti prvenstveno stvarnopravne prirode, za razliku od nekih mišljenja prema kojima je njihova priroda prevashodno obligacionopravna.¹⁵ No, nesumnjivo je da kod realnih tereta postoje i jedna i druga dejstva, oni ih faktički spajaju.¹⁶ Stvarnopravni karakter se vidi u tome što opterećenja terete određenu nepokretnost i obveznik ih podmiruje zbog toga što je njen vlasnik. Dok god postoji realni teret na nepokretnosti, korisnik ovog tereta ima ovlaštenje da traži da mu se na teret vrijednosti opterećene nepokretnosti nešto daje ili čini i za to se odgovara vrijednošću te nepokretnosti. Obligacionopravni karakter se ogleda u tome što je vlasnik te nepokretnosti dužan podmiriti jedino one obaveze koje su dospjele, kao i eventualne zaostatke svojih prednika.¹⁷ Obligacioni odnos vezuje svakidašnjeg vlasnika opterećene nepokretnosti i korisnika realnog tereta. U ovom odnosu uvijek postoji obaveza dužnika na određenu činidbu.

Pravo iz realnog tereta ima određene sličnosti sa stvarnim službenostima i sa založnim pravom, mada između njih postoje i značajne razlike. Sličnost sa pra-

¹² Član 264. ZSP.

¹³ A. Gams i M. Petrović, *Osnovi stvarnog prava*, osmo, novim propisima prilagođeno izdanje, Beograd, 1980, str. 154.

¹⁴ U takvim slučajevima notar će u skladu sa pravilima notarske obrade isprava poučiti i upozoriti stranke, a naročito sticaoca nepokretnosti, na pravnu prirodu i dejstva realnog tereta. Sticalac prava svojine na nepokretnosti u notarski obrađenoj ispravi treba izričito da izjavi da prihvata sticanje svojine na nepokretnosti sa naznačenim realnim teretom. Vid. E. Bikić, S. Suljević, M. Polakić i M. Plavšić, *Notarsko pravo*, Sarajevo, 2013, str. 314.

¹⁵ Švajcarsko pravo svrstava realne terete u realne obligacije. To su obligacije koje jedno lice ima povodom svojine na nekoj stvari i prenose se sa prenosom svojine na toj stvari.

¹⁶ D. Stojanović, *Stvarno pravo*, osmo, izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, 1991, str. 225.

¹⁷ O tome: M. Vuković, *Osnovi stvarnog prava*, Zagreb, 1950, str. 177.

vom stvarne službenosti postoji u tome što se u oba slučaja radi o teretu određene nepokretnosti, a sličnost sa založnim pravom se ogleda u pravu titulara ovih prava na namirenje dospjelih, a neizmirenih obaveza. Suštinska razlika u odnosu na stvarne službenosti je u tome što se kod realnih tereta obaveza vlasnika opterećene nepokretnosti sastoji u nekom periodičnom (pozitivnom) činjenju, dok je vlasnik poslužne nepokretnosti kod stvarne službenosti obavezan na neko propuštanje ili trpljenje. U odnosu na založno pravo razlika je u karakteru međusobnog odnosa između stvarnog prava i obaveze. Stvarno pravo iz realnog tereta i vlasnikova obaveza su dva dijela koja se ne mogu razdvojiti i ni jedan nema prednost nad drugim, a kod založnog prava osigurano potraživanje je glavno pravo i može postojati bez založnog prava, dok je založno pravo sporedno, akcesorno pravo koje bez ovog potraživanja ne može postojati i služi za njegovo obezbjeđenje.¹⁸

OPTEREĆENA NEPOKRETNOST

Realnim teretom može biti opterećena jedna ili više nepokretnosti¹⁹ koje mogu biti predmet založnog prava. Sa tom nepokretnošću opterećeni su i svi njeni pripaci.²⁰ Nepokretnost mora biti sposobna za unovčenje. Kada je više nepokretnosti opterećeno sve one čine objekat tog tereta. U pogledu namirenja tada se primjenjuju pravila koja postoje za zajedničke hipoteke, ako prilikom osnivanja realnog tereta nije određen drugi način ili redosljed.²¹ Suvlasnički dio isto tako može biti objekat realnog tereta.²² U pravnom prometu suvlasnički dio se smatra samostalnom stvari. Ovim teretom ne mogu biti opterećene pokretne stvari i subjektivna prava.

I pravo građenja, koje je u pravnom pogledu izjednačeno s nepokretnošću, takođe može biti objekat realnog tereta.²³ Prestankom prava građenja tuđa stvar-

¹⁸ N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj i Z. Stipković, *Stvarno pravo*, svezak 2, Zagreb, 2007, str. 61–62.

¹⁹ U najvećem broju slučajeva realni teret se osniva na zemljištu, ali on može da bude osnovan i na zgradama, stanovima, poslovnim prostorijama i ostalim nepokretnostima.

²⁰ Prema članu 11. st. 1. ZSP, pripadak je pokretna stvar koju je vlasnik naminio da trajno služi namjeni glavne stvari, a koja stoji u takvom prostornom odnosu prema glavnoj stvari da omogućava ispunjenje te namjene.

²¹ I. Babić, D. Medić, E. Hašić, M. Povlakić i L. Velić, *Komentar Zakona o stvarnim pravima*, Sarajevo, 2011, str. 659.

²² Vid. član 269. ZSP.

²³ Vid. član 291. st. 2. ZSP.

na prava koja su bila teret prava građenja prestaju, a realni teret koji je opterećivao pravo građenja sa zgradom ostaje kao teret zemljišta sa zgradom.²⁴

SUBJEKTI REALNOG TERETA

Subjekti realnog tereta su korisnik i opterećenik tog tereta. Korisnik realnog tereta mora biti određen ili bar odrediv. On je određen (odrediv) ili nepokretnošću u čiju korist teret postoji ili lično. Ako je ovaj teret osnovan u korist nepokretnosti, njegov korisnik je svakidašnji vlasnik te nepokretnosti ili nosilac prava građenja na njoj. U tom slučaju korisnik je određen svojim statusom u pogledu povlasne nepokretnosti. Ukoliko ovaj teret postoji u korist lica, tada je ono korisnik tog prava. Najčešće će to biti fizička lica kojima se na taj način osiguravaju stalni prihodi, tuđa njega i pomoć i tome slično, kratko rečeno izdržavanje.²⁵ Izuzetno je moguće da realni teret postoji i u korist njihovih nasljednika, ako je to izričito ugovoreno.

Opterećenik realnog tereta je lice koje je obavezno da izvršava sadržaj tog tereta. To je svakidašnji vlasnik opterećene nepokretnosti. On za to odgovara vrijednošću svoje nepokretnosti.

OSNIVANJE REALNOG TERETA

Pravo realnog tereta u pravilu se stiče osnivanjem. To je najčešći način njegovog sticanja. Osnivanje je nastajanje prava koje do tada nije postojalo. U izuzetnim slučajevima pravo realnog tereta može se steći i prenosom postojećeg prava. Ovo može biti slučaj kada ono postoji u korist nepokretnosti. Da bi realni teret bio osnovan moraju da budu ispunjene opšte i posebne pretpostavke. Opšte pretpostavke se odnose na valjanost predmeta, sposobnost subjekta i odgovarajući pravni osnov. ZSP propisuje da se realni teret osniva na određenoj nepokretnosti na osnovu pravnog posla i odlukom suda ili drugog nadležnog organa. On je osnovan kada su ispunjeni svi zakonom propisani uslovi.²⁶ Od pravnog osnova sticanja (*iustus titulus*) zavisi način sticanja (*modus acquirendi*) kao posebna pretpostavka.²⁷ Realni teret može biti osnovan na određeno (kada je ograni-

²⁴ Vid. član 301. st. 1 i 3. ZSP.

²⁵ P. Klarić i M. Vedriš, *Građansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, XIV izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Zagreb, 2014, str. 365.

²⁶ Član 265. ZSP.

²⁷ Ovo su pravila za osnivanje privatnopravnih realnih tereta. Za razliku od njih postoje i javnopravni realni tereti koji se osnivaju na osnovu posebnih zakona iz domena javnog prava (npr.

čen završnim rokom ili raskidnim uslovom) i neodređeno vrijeme. Teret osnovan na neodređeno vrijeme (trajni) će prestati kada nastupi okolnost koja je zakonom predviđena za pretpostavku njegovog prestanka.

Najčešći pravni osnov za osnivanje prava realnog tereta je pravni posao (derivativno osnivanje). On može biti jednostran (testament) i dvostran (ugovor). Na osnovu pravnog posla ovaj teret se osniva njegovim izvođenjem iz svojine nepokretnosti²⁸ koja se njime opterećuje, a na način određen zakonom. Samo vlasnik (ili svi suvlasnici odnosno zajednički vlasnici) može odrediti da se nepokretnost optereti realnim teretom. Pravni posao o osnivanju realnog tereta mora biti sačinjen u obliku notarski obrađene isprave i mora sadržavati odredbe o osnivanju tereta na određenoj nepokretnosti, njegovom sadržaju i korisniku tereta.²⁹ To je najstrožija forma nekog pravnog posla i time se na najbolji način potencira njegov značaj. Realni teret osnovan pravnim poslom stiče se upisom u javnu evidenciju kao teret na opterećenoj nepokretnosti. Ovaj upis ima konstitutivno dejstvo.³⁰ U slučaju da nisu ispunjene sve pretpostavke za upis, realni teret se stiče predbilježbom, pod uslovom naknadnog opravdanja.³¹ Predbilježba će se opravdati ispravom kojom se otklanjaju nedostaci koji su onemogućavali upis. Ona može da bude veoma korisna, jer se prvenstveni red za upis stiče onog dana kada je predbilježba izvršena.

U načelu, realni teret pravnim poslom osniva vlasnik nepokretnosti koja se opterećuje. Međutim, taj teret izuzetno na ovaj način može osnovati i nevlasnik. To će se dogoditi u slučajevima u kojima se štiti povjerenje savjesnog sticaoca u javnu evidenciju. Ovdje se primjenjuju pravila koja vrijede za sticanje prava svojine na ovaj način.³² Ovo je osnivanje realnog tereta na osnovu zakona, zamjena za neuspjelo sticanje na osnovu pravnog posla.

Realni teret može se osnovati i odlukom suda u postupku diobe, ostavinskom postupku i u drugim slučajevima određenim zakonom. Na njihovo osni-

obaveza plaćanja komunalnih naknada koja tereti vlasnike određenih nepokretnosti). Te obaveze, koje proizilaze iz prava svojine na određenoj nepokretnosti, ipak se prije mogu smatrati specifičnim, zakonskim ograničenjima prava svojine.

²⁸ Vlasnik nepokretnosti na osnovu svog prava svojine osniva novo pravo – realni teret.

²⁹ Vid. član 266. ZSP. Forma notarski obrađene isprave regulisana je članom 68. Zakona o notarima Republike Srpske (Službeni glasnik RS, br. 86/04, 2/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10 i 78/11).

³⁰ Bez upisa ne bi došlo do osnivanja realnog tereta i stranke bi bile samo u obligacionom odnosu.

³¹ Član 267. st. 1 i 2. ZSP.

³² Vid. članove 55 i 56. ZSP.

vanje na ovaj način primjenjuju se odredbe ZSP o osnivanju službenosti.³³ To se u praksi rijetko dešava. Sud koji vodi postupak diobe može odlučiti da se osnuje pravo realnog tereta ako su stranke sa tim saglasne ili prilikom geometrijske diobe nepokretnosti. U ostavinskom postupku može se osnovati pravo realnog tereta ako je ostavitelj svojim valjanim zapisom ili nalogom odredio da se osnuje to pravo. Realni teret se osniva danom pravosnažnosti sudske odluke. Ta odluka ima konstitutivni karakter. Pošto teret tada postoji kao vanknjižno pravo, lice koje ga stekne na ovaj način ovlašćeno je da traži njegov upis u javnu evidenciju. U tim slučajevima upis ima deklarativno dejstvo i služi u svrhu publiciteta postojanja tog prava. Korisnik za to ima pravni interes, jer ako ga ne izvrši, izlaže se riziku gubitka svog prava, ako bi treće savjesno lice na osnovu povjerenja u javnu evidenciju, steklo pravo svojine na opterećenoj nepokretnosti i upisalo svoje pravo prije nego što je zatražen upis realnog tereta.³⁴ Sticalac prava svojine u tom slučaju stiče svojinu bez neupisanih tereta.

SADRŽAJ REALNOG TERETA

Sadržaj realnog tereta i obim prava mora biti precizno određen. Njegov korisnik ima ovlašćenje da zahtijeva od vlasnika opterećene nepokretnosti određene periodične činidbe.³⁵ One mogu biti naturalne, novčane ili neke druge prirode i moraju ispunjavati uslove za valjanost koje predviđa obligaciono pravo.³⁶ ZSP propisuje da sadržaj realnog tereta može biti moguća, dopuštena i određena ili određiva činidba (radnja) periodičnog davanja stvari ili novca ili drugih radnji koje imaju novčanu vrijednost. Ova vrijednost ne mora biti unaprijed određena, bitno je da se ta davanja i činjenja mogu izraziti u novcu. Činidba mora biti moguća po objektivnom kriterijumu. Ona mora da ima novčani ekvivalent. Ukoliko to nije slučaj, obaveza neće ni nastati. Činidba ne mora da bude u vezi sa ekonomskom namjenom opterećene nepokretnosti, niti mora služiti ostvarivanju takve namjene korisnikove nepokretnosti.³⁷ Dopušten je sadržaj svake činidbe bez obzira na namjenu. Ako realne terete posmatramo prema njihovom sadržaju,

³³ Član 268. ZSP.

³⁴ Vid. član 267. st. 3 i 4. ZSP.

³⁵ Članom 782. st. 2. Švajcarskog građanskog zakonika propisano je da činidbe moraju da budu u skladu sa potrebama i u saglasnosti sa mogućnostima opterećenog zemljišta.

³⁶ Vid. član 46. Zakona o obligacionim odnosima bivše SFRJ (ZOO). U Republici Srpskoj ovaj zakon se primjenjuje na osnovu člana 12. Ustavnog zakona o sprovođenju Ustava Republike Srpske (Službeni glasnik RS br. 21/92).

³⁷ Ovo je u duhu modernih tendencija. No, u nekim pravnim sistemima je to od značaja (npr. u njemačkom i švajcarskom).

možemo ih podijeliti na terete koji ovlašćuju na davanje stvari ili novca (dare)³⁸ i terete koji ovlašćuju na činjenja koja imaju novčanu vrijednost (facere). Činidba se mora vremenski ponavljati, ali to ne mora da bude u određenim, a ni jednakim vremenskim intervalima. Bitno je da je ona periodična u širem smislu.³⁹ U praksi, novčana davanja najčešće dospjevaju u jednakim razmacima, ali to nije slučaj i sa naturalnim davanjima i činjenjima.⁴⁰ Korisnik tereta ne daje nikakvu protučinidbu, to nije dio sadržaja realnog tereta.

Jednokratno davanje ili činjenje vlasnika opterećene nepokretnosti koje ima novčanu vrijednost može biti samo sporedni, a ne glavni sadržaj realnog tereta.⁴¹ Takvo davanje nije u skladu sa ciljem zbog koga je došlo do osnivanja realnog tereta i dešava se izuzetno, ali uz glavnu periodičnu činidbu. Ova radnja mora da ispuni sve pretpostavke koje se traže za njenu valjanost. Po svom sadržaju jednokratna davanja mogu da budu veoma različita. I više jednokratnih davanja može da čini sporedni sadržaj realnog tereta.

Promjena sadržaja realnog tereta dopuštena je samo u sporazumu sa vlasnikom poslužne nepokretnosti. Ako bi se time ometao dotadašnji način izvršavanja ostalih stvarnih prava na toj nepokretnosti, tada je potreban sporazum i sa nosiocima tih prava. Na promjenu sadržaja realnog tereta primjenjuju se pravila za osnivanje realnih tereta na osnovu pravnog posla.⁴²

Realni teret, kao što smo već naveli, obavezuje vlasnika opterećene nepokretnosti da korisniku tereta ispunjava njegov sadržaj i on za to odgovara vrijednošću te nepokretnosti. Obaveza iz realnog tereta može se prenositi samo zajedno sa nepokretnošću koja je opterećena, a sa prelaskom svojine na njoj na drugo lice istovremeno prelazi i obaveza iz tog tereta. Osnovna obaveza iz realnog tereta ne zastarjeva (nezastarivost).⁴³ No, zastarjevaju pojedinačne obaveze koje proizilaze iz osnovne obaveze i to za tri godine od dospjeća svake pojedine obaveze.⁴⁴

Iz stvarnopravnog odnosa u pogledu opterećene nepokretnosti proizilazi obligacioni odnos u pogledu pojedinačnih obaveza davanja ili činjenja. U pogledu svake dospjele pojedinačne obaveze uspostavljena je dvostruka odgovornost.

³⁸ Ako se činidba sastoji u davanju stvari riječ je o naturalnom davanju, a ukoliko se sastoji u davanju novca radi se o novčanom davanju odnosno renti.

³⁹ Č. Rajačić, *Stvarno pravo* (skripta), Zagreb, 1956, str. 371.

⁴⁰ A. Perkušić, *Osnove građanskog prava*, Split, 2009, str. 271.

⁴¹ Vid. član 270. ZSP.

⁴² Član 271. ZSP.

⁴³ Član 272. ZSP.

⁴⁴ Član 273. st. 3. ZSP. Prema članu 791. st. 2. Švajcarskog građanskog zakonika svaka činidba postaje lični dug istekom tri godine poslije dospjeća i prestaje da bude obezbjeđena nepokretnošću.

Za ispunjenje ove obaveze odgovara lice koje je vlasnik opterećene nepokretnosti u vrijeme dospjeća obaveze svom svojom imovinom. Odgovornost tog lica za dospelu obavezu ne prestaje sa prestankom prava svojine na opterećenoj nepokretnosti. Ako je opterećena nepokretnost u državi trećeg lica, to lice odgovara svojom cjelokupnom imovinom za ove obaveze dospelu do prestanka države nepokretnosti. Plodouživalac nepokretnosti opterećene realnim teretom odgovara vlastitom imovinom umjesto vlasnika te nepokretnosti za dospelu obavezu na koje taj teret obavezuje.⁴⁵ Odgovornost svih ovih lica je lične prirode. Za sve dospelu pojedinačne obaveze odgovara i vlasnik vrijednošću opterećene nepokretnosti, a nakon diobe vrijednošću svojih dijelova solidarno odgovaraju svi vlasnici dijelova na koje je ta nepokretnost podijeljena. Stvarnopravna odgovornost za dospelu obavezu solidarna je s ličnom odgovornošću za istu obavezu.⁴⁶ Prema tome, postoji dvojaka, stvarnopravna i lična odgovornost za ispunjenje svih dospjelih pojedinačnih obaveza.

NEODVOJIVOST

Jedna od najvažnijih karakteristika realnog tereta je neodvojivost. Realni teret ne može se odvojiti od nepokretnosti koju opterećuje. Sticanjem svojine na toj nepokretnosti stiče se nepokretnost opterećena realnim teretom, ako zakonom nije drugačije određeno. Izuzetak bi se mogao desiti samo u situaciji nastanka realnog tereta sudskom odlukom koja nije provedena u javnoj evidenciji. Tada bi savjesni sticalac stekao svojinu na nepokretnosti bez realnog tereta koji još nije bio upisan. S druge strane, realni teret se ne može odvojiti ni od ličnosti titulara ni od prava svojine na povlasnoj nekretnosti. Ukoliko je realni teret osnovan u korist određenog lica, ne može se prenositi na drugo lice, ako nije drugačije određeno. Ako on postoji u korist nepokretnosti prenošenje se vrši samo sa prenosom prava svojine na toj nepokretnosti.⁴⁷ Analogno tome, neodvojivost ima dva aspekta. Jedan aspekt se tiče opterećene nepokretnosti, a drugi ličnosti titulara odnosno prava svojine na povlasnoj nepokretnosti. Prenositi se mogu samo pojedina potraživanja koja su već dospjela za naplatu.

TERET U KORIST VLASNIKA NEPOKRETNOSTI

Prema tome u čiju korist je određen, razlikuju se realni tereti u korist nepokretnosti (predijalni) i u korist lica (personalni). Dakle, korisnik je određen ili

⁴⁵ Član 274. ZSP.

⁴⁶ Član 275. ZSP.

⁴⁷ Vid. član 276. ZSP.

nepokretnošću ili lično. Ako teret postoji u korist nepokretnosti korisnik je njen (svakidašnji) vlasnik.⁴⁸ Takva nepokretnost se naziva povlasnom nepokretnosti. Vlasnik te nepokretnosti ima ovlašćenje (ograničeno stvarno pravo) da traži da mu se periodično daju stvari ili izvršavaju radnje koje čine sadržaj realnog tereta. Međutim, korisnik realnog tereta u korist nepokretnosti može da bude i nosilac prava građenja.⁴⁹ On to može biti dok traje pravo građenja na toj nepokretnosti. Prestankom prava građenja, korisnik tereta postaje vlasnik povlasne nepokretnosti. Kod ovog oblika realnog tereta uspostavlja se odnos između dvije nepokretnosti, sličan odnosu kod stvarne službenosti, s tim što se vlasnik poslužne nepokretnosti obavezuje na pozitivne radnje, na davanja, kao u obligacionom odnosu.⁵⁰

Korisnik realnog tereta može da se namiri bez obzira ko je vlasnik opterećene nepokretnosti. Prema vremenu dospjeća pojedinačnih obaveza on može tražiti njihovo izvršavanje od vlasnika poslužne nepokretnosti. Vlasnik te nepokretnosti ima obavezu da ove radnje izvršava. Pravo iz realnog tereta koji postoji u korist nepokretnosti može se prenositi samo zajedno sa pravom svojine odnosno pravom građenja na toj nepokretnosti. Sticanjem prava svojine odnosno prava građenja na povlasnoj nepokretnosti stiče se i pravo realnog tereta koji postoji u njeu korist.

U slučaju podjele povlasne nepokretnosti, realni teret postoji i dalje u korist pojedinih dijelova srazmjerno veličini svakog dijela ako su davanja i radnje djeljivi. U tom slučaju postojala bi mogućnost da se sadržaj tereta i dalje izvršava na gotovo identičan način. Kada je činidba faktički djeljiva vlasnik opterećene nepokretnosti može znati prema kome i na koji način će ubuduće izvršavati svoje obaveze iz realnog tereta.⁵¹ U većini slučajeva činidba će biti djeljiva. Ako davanja i radnje nisu djeljivi, primjenjuju se pravila o nedjeljivim obavezama.⁵² To su takve obligacije čiji se predmet ne može podijeliti i ispuniti u više istovrsnih dijelova, a da se na taj način ne izmijeni njegova suština ili ne smanji njegova vrijednost. Ova obligacija postoji u svojoj ukupnosti, sve dok ne bude ispunjena u potpunosti. Svaki povjerilac pod određenim uslovima može tražiti ispunjenje cijelog potraživanja svim povjeriocima zajedno ili da se izvrši polaganje sadržaja dospje-

⁴⁸ Vid. član 277. ZSP.

⁴⁹ Vid. član 282. ZSP.

⁵⁰ R. Kovačević Kuštrimović i M. Lazić, *Stvarno pravo*, Niš, 2006, str. 303.

⁵¹ § 1109 st. 1. Njemačkog građanskog zakonika propisuje da se u slučaju podjele povlasnog dobra udjeli vlasnika posebnih dijelova na realnom teretu određuju prema veličini njihovih dijelova.

⁵² Član 278. st. 1. ZSP.

le obaveze kod suda. Jedan povjerilac može od dužnika tražiti da dužnik samo njemu ispuni obavezu jedino ako je od ostalih ovlašten da to ispunjenje primi.⁵³

Diobom se ne smije otežati opterećenje vlasnika opterećene nepokretnosti. Ukoliko se to dogodi, on ima pravo da zahtijeva srazmjerno smanjenje davanja i radnji, koje su zbog diobe za njega postale teže.⁵⁴ Taj zahtjev on treba podnijeti svim suvlasnicima povlasne nepokretnosti.

Korisnik realnog tereta ima pravo da nakon dospjelog pojedinačnih činidbi traži njihovo ispunjenje od vlasnika poslužne nepokretnosti. Kada one dospijevaju utvrđuje se prilikom osnivanja tog tereta ili kasnijim dogovorom njegovog korisnika i vlasnika opterećene nepokretnosti. Dospjele pojedinačne obaveze davanja ili radnji na koje je vlasnik nepokretnosti obavezan stvarnim teretom u korist neke nepokretnosti, mogu se prenijeti i na drugo lice, ako zakonom nije drugačije određeno, a ni suprotno prirodi radnje koja se traži.⁵⁵ One su u principu prenosive od momenta dospjeća. Iz toga se vide i obligacionopravna dejstva realnih tereta. Osnovno pravo, koje ima stvarnopravna dejstva, ne može se prenositi bez prenosa svojine na povlasnoj nepokretnosti, ali se dospjele pojedinačne obaveze davanja ili radnji mogu prenositi bez posebnih uslova. Ovaj prenos ne bi bio moguć samo ako bi zakonom bilo drugačije određeno ili suprotno prirodi predviđene činidbe, što će se u praksi vrlo rijetko dešavati. U slučaju prenosa potraživanja njihovim ustupanjem (cesijom), povjerilac može ugovorom sa trećim licem prenijeti na njega svoje potraživanje, izuzev onog čiji je prenos zabranjen zakonom ili koje je vezano za ličnost povjerioca odnosno koje se po svojoj prirodi protivi prenošenju na drugoga.⁵⁶ Momentom smrti korisnika u načelu prestaje realni teret, ali na nasljednike prelaze pojedina dospjela potraživanja.

TERET U KORIST LICA

Realni teret u korist lica daje titularu ograničeno stvarno pravo na opterećenju nepokretnosti koje ga ovlašćuje da mu se periodično daju stvari ili izvršavaju radnje koje su sadržaj tog realnog tereta. Pravo iz realnog tereta osnovanog u korist nekog lica ne može se prenositi sa titulara na drugo lice, ako zakonom nije drugačije određeno.⁵⁷

⁵³ Vid. član 435. ZOO.

⁵⁴ Vid. član 278. st. 2 i 3. ZSP.

⁵⁵ Članovi 279 i 281. ZSP.

⁵⁶ Član 436. ZOO.

⁵⁷ Član 280. ZSP.

Korisnik realnog tereta može da bude svako fizičko ili pravno lice.⁵⁸ On mora biti određen ili bar odrediv. I strana fizička i pravna lica mogu sticati ovo pravo, pod uslovom reciprociteta. Pravo realnog tereta lične prirode u principu je neprenosivo. Izuzetno, posebni zakon može da odredi drugačije.

ZAŠTITA KORISNIKA TERETA

Korisnik realnog tereta ima pravo na zaštitu svog prava pred sudom. On može da traži zaštitu i pred drugim državnim organom, ako bi posebnim zakonom bila predviđena takva mogućnost. Zaštita njegovog prava je predviđena u odnosu na vlasnika opterećene nepokretnosti i u odnosu na sva treća lica koja ga sprečavaju ili ometaju u izvršavanju realnog tereta.⁵⁹ Pravo na zaštitu ima svaki korisnik ovog prava. U slučaju da se radi o realnom teretu u korist nepokretnosti na kojoj postoji susvojina ili zajednička svojina, svaki suvlasnik ili zajedničar može tražiti zaštitu. Ista situacija je i kad teret lične prirode postoji u korist više lica.

Pravo realnog tereta se štiti većim brojem tužbi. Korisnik realnog tereta ima pravo da tužbom (deklaratornom) protiv vlasnika opterećene nepokretnosti traži utvrđenje postojanja ovog tereta. Ako treće lice ometa ili sprečava korisnika u izvršavanju realnog tereta, on može da podnese tužbu i da zahtijeva da to ometanje ili sprečavanje prestane. Takođe, korisnik tereta ima pravo da podnese tužbu kojom će tražiti da vlasnik poslužne nepokretnosti trpi da se iz vrijednosti te nepokretnosti namire neispunjene dospelje pojedinačne obaveze davanja i činjenja ili da on namiri njihovu protuvrijednost u novcu. Isto tako, ta tužba se može podnijeti i protiv lica koja su za to lično odgovorna.

PRESTANAK REALNOG TERETA

Prestanak realnog tereta treba razlikovati od slučaja kada dođe do gubitka zahtjeva za ostvarenje pojedinih dospeljih činidbi zbog zastare. Realni teret prestaje njegovim brisanjem u javnoj evidenciji. Ako je on osnovan u korist lica, briše se kao teret poslužne nepokretnosti, a ukoliko se radi o teretu u korist nepokretnosti, tada se briše kao korist povlasne nepokretnosti i kao teret poslužne nepokretnosti. Brisanje može zahtijevati korisnik tereta ili vlasnik opterećene ne-

⁵⁸ Kod nas korisnik ne može da bude određena porodica. Ovo je moguće u hrvatskom pravu (član 278 st. 3. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima).

⁵⁹ Vid. član 283. ZSP.

pokretnosti. Sa zahtjevom za brisanje potrebno je priložiti i odgovarajuću dokumentaciju na kojoj se on zasniva. Brisanje se može zahtijevati iz više razloga.

Prije svega, brisanje se može zahtijevati zbog propasti opterećene ili povlasne nepokretnosti.⁶⁰ Ako se stvar vrati u prvobitno stanje, realni teret se ponovo uspostavlja. Sa propašću je na neki način izjednačeno i stavljanje izvan prometa ovih nepokretnosti. U tim slučajevima realni teret prestaje po samom zakonu.

Brisanje se može zahtijevati i zbog odricanja korisnika tereta. Da bi odricanje bilo relevantno, korisnik se mora odreći osnovnog prava iz realnog tereta, a ne pojedinačnih davanja i činjenja. U ovom slučaju nije potrebna saglasnost vlasnika opterećene nepokretnosti. Međutim, ako je povlasna nepokretnost opterećena pravom plodouživanja ili založnim pravom, korisnik se ne može odreći tereta u korist te nepokretnosti bez pristanka titulara tih prava. Ukoliko je više korisnika istog tereta, a njegov sadržaj je nedjeljiv, suvlasnik ili zajednički vlasnik povlasne nepokretnosti ne može se odreći tog tereta bez pristanka ostalih suvlasnika ili zajedničkih vlasnika. Na osnovu valjanog odricanja korisnika, teret prestaje njegovim brisanjem u javnoj evidenciji.

Razlog za brisanje je i istek vremena na koje je realni teret bio osnovan ili ispunjavanje raskidnog uslova pod kojim je bio osnovan. I ovdje se za prestanak traži brisanje tereta u javnoj evidenciji.

Realni teret može prestati i donošenjem odluke suda o njegovoj amortizaciji. Osnov prestanka u ovom slučaju je pravosnažna sudska odluka, a do prestanka dolazi brisanjem tereta u javnoj evidenciji.

Ako je realni teret osnovan u korist nekog lica, a nije izričito osnovan i za njegove nasljednike, on prestaje smrću tog lica.⁶¹ Ukoliko je ovaj teret osnovan i za njegove nasljednike, on će nakon smrti korisnika trajati dok ima njegovih nasljednika (prve generacije). U sumnji se smatra da je realni teret osnovan u korist lica, a ko tvrdi suprotno mora to i da dokaže. Pošto je realni teret ograničenje vlasnikove pravne vlasti, treba ga cijeliti restriktivno, kako bi to ograničenje bilo što podnošljivije. Uslov prestanka i u ovom slučaju je brisanje tereta u javnoj evidenciji.

UKIDANJE REALNOG TERETA

Kao i kod službenosti, karakteristično je da se može tražiti ukidanje realnog tereta ako on izgubi svoju svrhu. Do toga će doći kada u momentu podnošenja zahtjeva više ne postoje okolnosti koje su bile prilikom njegovog nastan-

⁶⁰ Ovo se dešava kada dođe do zemljotresa, poplava i tome slično.

⁶¹ Vid. član 284. ZSP.

ka i kada ovaj teret više ne opravdava svoje dalje postojanje. Primjera radi, to se može dogoditi ako radnja izvršenja realnog tereta postane nemoguća ili nedopuštena. Ne može se tražiti njegovo ukidanje ako se nisu izmijenile okolnosti koje su postojale u vrijeme kada je on ustanovljen. Odluku o ukidanju donosi sud na zahtjev vlasnika opterećene nepokretnosti. Ovdje nije od značaja pravni osnov njegovog osnivanja.⁶²

ZAKLJUČAK

Realni teret je stvarno pravo na tuđoj stvari koje djeluje prema svima. Međutim, ovaj teret je složene prirode i ima i određena obligacionopravna dejstva, jer obuhvata i obligacioni odnos između njegovog korisnika i svakidašnjeg vlasnika opterećene nepokretnosti. Objekat realnog tereta je nepokretnost sa svim svojim pripadnostima. To ne mogu biti pokretne stvari i subjektivna prava. Ako je ovaj teret osnovan u korist nepokretnosti, njegov korisnik je vlasnik povlasne nepokretnosti ili nosilac prava građenja na njoj. Ukoliko taj teret postoji u korist lica, tada je ono korisnik tog prava. Opterećenik realnog tereta je svakidašnji vlasnik opterećene nepokretnosti. Sadržaj realnog tereta je činidba na koju korisnik ima pravo na teret vrijednosti opterećene nepokretnosti. Ona mora biti moguća, dopuštena i određena ili bar odrediva. Ta činidba mora biti pozitivna, a odnosi se na davanje stvari ili novca i(li) na činjenje. Korisnik ima pravo na zaštitu svog osnovnog prava iz realnog tereta, kao i na namirenje dospjelih pojedinačnih potraživanja koja proizilaze iz tog osnovnog prava.

Prvobitni realni tereti feudalnog karaktera su odavno ukinuti. Međutim, institut realnih tereta se ipak uspio održati, samo je došlo do njegove modifikacije i prilagođavanja novim uslovima života. U savremenom pravu ovi tereti bi trebalo da ostvaruju opravdane socijalne ciljeve i da nemaju eksploatatorski karakter. Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske je realne terete regulisao dosta opširno. Pri tome je nastojao da ih što više prilagodi domaćem pravnom, društvenom i ekonomskom okruženju. Vrijeme će pokazati da li će to biti dovoljno za njihovu primjenu u praksi.

⁶² Član 285. ZSP.

DUŠKO MEDIĆ, LL.D.,

Professor, Judge of the Constitutional Court of Republika Srpska

FACTUAL ENCUMBRANCE

Summary

Factual encumbrance is a proprietary right on somebody else's property. However that burden is of the complex nature and it also includes some kind of obligatory legitimate effect. The object of the real burden is an immovable property with all of its belongings which cannot include movable things and subjective rights. If that burden is made in support of immovable property its consumer is the owner of the preferred immovable property or the holder of the construction right on it. If that burden exists in favour of someone, then that individual is the holder of that right. The encumbered individual is the regular owner of the encumbered immovable property. Contents of the factual encumbrance is a deed on which the user has an authority at the cost of the value of encumbered property and it needs to be achievable, permitted and or at least clear-cut. The user has the right to protect his primary right resulting from the factual encumbrance in addition to be rightly compensated for personal arrears which comes as a result of that basic right. The factual encumbrance has been widely regulated by the Proprietary Law of Republika Srpska and an effort has been made to standardize it as much as possible in accordance to the domestic legal, social and economic environment. Only time will tell if that will be enough for its use in practice.

VLADIMIR TODOROVIĆ,
PREDRAG VASIĆ

OBEŠTEĆENJE ŽRTAVA HOLOKAUSTA U KONTEKSTU RESTITUCIJE

– Anti-Holokaust zakon –

U V O D

U Republici Srbiji restitucija se sprovodi već 25 godina, promenljivom dinamikom i primenom više zakona, isprva marginalno i delimično za neke kategorije bivših vlasnika, a potom za crkve i verske zajednice, fizička lica i zadužbine, tako da se jasno razgraničavaju dve faze restitucije.

U prvoj, predrestitucijskoj fazi, u periodu 1991–2006, delimično je vraćana imovina na osnovu: 1) Zakona o načinu i uslovima priznavanja i vraćanju zemljišta koje je prešlo u društvenu svojinu po osnovu poljoprivrednog zemljišnog fonda i konfiskacijom zbog neizvršenih obaveza iz obaveznog otkupa poljoprivrednih proizvoda (“Službeni glasnik RS”, br. 18/1991, potom noveliran u br. 20/1992, sa Uredbom za sprovođenje tog zakona – “Službeni glasnik RS”, br. 41/1991 i 44/1991), 2) Ustavnog zakona o dopuni Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava Republike Srbije (“Službeni glasnik RS”, br. 50/1992), 3) Zakona o vraćanju utrina i pašnjaka selima na korišćenje (“Službeni glasnik RS”, br. 16/1992), 4) Zakona o uslovima i načinu vraćanja imovine stečene radom i poslovanjem zadruga posle

Vladimir Todorović, predsednik NVO “Projuris”, Beograd.

Predrag Vasić, sudija Apelacionog suda u Beogradu.

1. jula 1953. godine ("Službeni glasnik RS", br. 46/1990), 5) Zakona o pretvaranju društvene svojine na poljoprivrednom zemljištu u druge oblike svojine ("Službeni glasnik RS", br. 49/1992), 6) Zakona o zadrugama ("Službeni list SFRJ, br. 3/1990), koji je prestao da važi stupanjem na snagu Zakona o zadrugama ("Službeni list SRJ", br. 41/1996 i 12/1998), 7) Zakona o planiranju i izgradnji iz 2003. godine ("Službeni glasnik RS", br. 47/2003 i 34/2006). Korisnici te restitucije bili su: seljaci i sitne zanatlije (kojima je konfiskovano zemljište i druga imovina zbog neizvršavanja obaveze iz obaveznog otkupa poljoprivrednih proizvoda u periodu posle 1945. godine), poljoprivrednici (koji su bili vlasnici delova seoskih utrina, pašnjaka, šuma i imovinskih zajednica), sela (koja su bila vlasnici ekspropisanih seoskih utrina, pašnjaka, šuma, zemljišnih zajednica i graničarskih imovnih opština), zadruge (koje su imovinu stekle svojim radom i poslovanjem), kao i bivši vlasnici neizgrađenog građevinskog zemljišta. Povraćaj imovine vršen je selektivno, nedovoljno organizovano i kontrolisano, bez precizirane procedure i bez stožernog organa koji bi sprovodio i podsticao restitucijske procedure, kao i bez evidencije kome se vraća, šta se vraća i koliko se vraća, pa tako nema zvaničnih podataka koliko je zemljišta vraćeno primenom tih zakona, a nezvanično se pominje čak površina od 150.000 hektara (!?).¹

U drugoj fazi restituciji se pristupilo mnogo šire i organizovanije, tako da se može smatrati da "prava restitucija" teče u Srbiji tek od 2007. godine. Godine 2006. usvojen je Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama (ZRICVEZ) koji se formalno primenjuje od 1. oktobra 2006. godine, i to isključivo na crkve, verske zajednice, njihova društva i zadužbine (konfesionalna restitucija). Tim Zakonom osnovana je republička Direkcija za restituciju koja je krajem decembra 2007. godine, stvarno započela vraćanje imovine crkvama i verskim zajednicama. Do septembra 2016. godine vraćeno je 58.000 hektara zemljišta što čini 70% konfesionalne imovine koja je nakon 1945. godine bez naknade oduzeta crkvama i verskim zajednicama. Takođe je vraćeno 12.000 kvadratnih metara traženih zgrada, stanova i drugih građevinskih objekata (30%). Potom, 2011. godine donet je Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju (ZVOIO) koji je u primeni od 2012. godine, kojim je, konačno, restitucija proširena na sva fizička lica i zadužbine kojima je bez naknade oduzeta imovina (građanska restitucija). Zakonom je osnovana republička Agencija za restituciju koja je zaprimila preko 70.000 zahteva za restituciju koje rešavaju teritorijalne jedinice u Beogradu, Novom Sadu, Nišu i Kragujevcu. Agencija je, vođena višegodišnjim

¹ O pravnim i materijalnim aspektima tzv. predrestitucije u Srbiji videti: "Vladimir Todorović: "Multipolarna denacionalizacija u Srbiji", časopis Pravni život, br. 9-10/2008 – referat podnet na međunarodnom susretu pravnika "Kopaonička škola prirodnog prava", decembra 2008. godine na Kopaoniku.

iskustvima prethodne restitucije, pogotovo konfesionalne zasnovane na Zakonu o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama, do sada uspela da vrati 5.284 objekta, od čega: 3.867 poslovna prostora, 684 stana, 733 zgrade – sve u ukupnoj površini od preko 371.000 kvadratna metra. Vraćeno je 215 hektara neizgrađenog građevinskog zemljišta, 3.966 hektara šuma i 14.316 hektara poljoprivrednog zemljišta.²

Početkom 2016. godine postojećim restitucijskim zakonima pridružio se i Zakon o otklanjanju posledica oduzimanja imovine žrtvama holokausta koje nemaju živih zakonskih naslednika, objavljen u Službenom glasniku RS, broj 13/2016 od 19. februara 2016. (u daljem tekstu: ZOPOH, ili: Anti-Holokaust zakon). Taj zakon predviđa vraćanje na teritoriji Republike Srbije u vreme Holokausta oduzete imovine pripadnicima jevrejske zajednice koji nemaju zakonskih naslednika i vraćanje oduzete imovine organizacijama koje su u vreme oduzimanja bile u funkciji jevrejske zajednice.

Na taj način restitucija u Srbiji sprovodi se primenom tri posebna zakona koji su unekoliko slični, ali i sa svojim specifičnostima. Agencija za restituciju, nakon što je preuzela konfesionalnu restituciju od nekadašnje republičke Direkcije za restituciju, nadležna je da primenjuje sva tri zakona i da prima i rešava zahteve za vraćanje imovine crkava i verskih zajednica, građana, zadužbina, kao i jevrejske zajednice koja nastupa u funkciji pravnog sledbenika jevrejske imovine bez živih zakonskih naslednika.

RAZLOZI I SVRHA DONOŠENJA ZAKONA

U nekadašnjem koncentracionom logoru za Jevreje, Terezin u Češkoj, proglašena je 30. juna 2009. godine "Terezinska deklaracija" koja, između ostalog, poziva države da učine napor da se isprave posledice nepravedne zaplene imovine, koja je od strane nacista u Drugom svetskom ratu sprovedena kroz konfiskaciju, prinudnu prodaju imovine i prodaju jevrejske imovine pod prisilom, i time predstavljala deo progona nedužnih ljudi i grupa, od kojih je većina umrla bez naslednika. Deklaracija poziva države učesnice i na stvaranje različitih kreativnih mehanizama za pružanje pomoći i socijalnu dobrobit preživelih žrtava Holokausta i ostalih žrtava nacističkog progona. Terezinsku deklaraciju potpisalo je 46 zemalja, među njima sve zemlje zapadnog Balkana a Srbija i Vatikan su učestvovali kao posmatrači. Srbija je naknadno potpisala ovu deklaraciju.

Holokaust kao najgnusniji akt nacističke Nemačke u cilju istrebljenja celog jednog naroda, provodile su, milom ili silom, i sve one kvislinške vlasti koje su sa-

² "Blic" od 10. septembra 2016. godine, str. 14.

rađivale sa fašističkom Nemačkom, što nije zaobišlo ni Srbiju.³ Nepuna dva meseca posle sloma Jugoslavije, vojni zapovednik Srbije doneo je 30 maja 1941. godine Naredbu o Jevrejima i Ciganima kojom su oni popisani i uvedeni u posebne registre, izbačeni iz javnih službi, obavezani da nose na rukavu žutu traku, obavezani na prinudni rad, zabranjeno im je raspolaganje imetkom i poslovanje, posjećivanje pozorišta, bioskopa i javnih manifestacija. Uredbom o privremenom radu bankarskog poslovanja i novčanog prometa od 31. maja 1941. godine opštu jurisdikciju nad jevrejskom imovinom dobilo je Starateljstvo nad jevrejskom imovinom pod kontrolom Geringovog specijalnog izaslanika za jugoistočnu Evropu Franca Nojhauzena. Vrhovno telo u beogradskoj organizaciji Gestapoa predstavljao je Referat za jevrejska pitanja. Gestapo je organizovao i Jevrejsku policiju, kao i poseban jevrejski odbor – Jevrejsku opštinu preko koje su izdavane naredbe za Jevreje.⁴

Vlada Milana Nedića je, nedugo potom, 26. avgusta 1941. godine, donela Uredbu o pripadanju imovine Jevreja Srbiji kojom se konfiskuje celokupna jevrejska imovina bez prava na naknadu. Započela je prodaja jevrejskih radnji, preduzeća i nepokretnosti uglavnom nemačkim privrednim i vojnim predstavnicima u Srbiji. Sakupljeni novac, kao i novac od naplate ranijih potraživanja dužnika sli-vao se u “Bankarsko društvo”, koje je zvanično slovila kao srpska banka, a zapravo je bilo nemačka banka. Kako je prodaja išla slabo, nemačka vlast je odlučila da “pokloni” nepokretnu jevrejsku imovinu srpskoj državi, a da se za uzvrat poveća dug Nedićeve vlade prema Nemačkoj na ime ratne štete. Novcem od prodaje jevrejske imovine Nedićeva vlada najvećim delom regulisala je ratnu odštetu folk-sdojčerima u Banatu i vršila rekonstrukciju Borskog rudnika.⁵

Srpski Zakon o vraćanju imovine i obeštećenju iz 2011. godine, koji uređuje restituciju privatne i zadužbinske imovine, u članu 5. stav 4. najavio je da će se otklanjanje posledica oduzimanja imovine žrtvama Holokausta i drugim žrtvama fašizma na teritoriji Republike Srbije, koje nemaju živih zakonskih naslednika, urediti posebnim zakonom.

³ Jevrejima u Srbiji oteto je blizu 3.000 nepokretnosti i ostalih dobara, za koje je Vlada Milana Nedića platila Nemačkoj 360 miliona zlatnih dinara. Tokom Drugog svetskog rata u Srbiji je ubijeno 33 hiljade Jevreja, odnosno, više od 80 odsto od ukupnog broja Jevreja (“Odšteta za jevrejsku zajednicu - 950.000 evra godišnje” – Izvor: N1 – <http://rs.n1info.com/a133659/Vesti/Vesti/>, autor teksta: Jelena D. Petrović, 10.02.2016).

⁴ videti: Lazar Ivanović: “Teror nad Jevrejima u okupiranom Beogradu 1941-1942, Beograd, 1966, Godišnjak grada Beograda, knjiga XIII-1966, str. 289.

⁵ Vesna S. Aleksić: “Sudbina jevrejskog kapitala tokom nemačke okupacije 1941-1944”, Institut ekonomskih nauka, Beograd, čas. LIMES, br. 2/2014, str. 115.

Srbija je 2016. godine donela zakon kojim se, u imovinskom kontekstu, otklanaju posledice oduzimanja imovine žrtvama Holokausta koje nemaju živih zakonskih naslednika. Zakonodavac ističe da se takav gest ima tumačiti isključivo kao izražavanje saosećanja, solidarnosti i razumevanja Republike Srbije za stradanje jevrejskog naroda na njenoj teritoriji tokom neprijateljske okupacije od 6. aprila 1941. godine do 9. maja 1945. godine, odričući svaku odgovornost Republike Srbije za strahovite patnje i štetu nanetu žrtvama Holokausta i drugim žrtvama nacizma na njenoj teritoriji, u uslovima neprijateljske okupacije (član 2. stav 2. Zakona).⁶ Pored Srbije, još neke zemlje su se kroz restitucijske zakone i posebne projekte bavile obeštećenjem Jevreja. Posebno Nemačka, u kojoj vreme Holokausta obuhvata period od donošenja zv. Nirnberških zakona 15. septembra 1935. godine kojima je započela rasna, ljudska i imovinska segregacija Jevreja, sve do 8. maja 1945. godine. Kroz nemačku restituciju nakon 1991. godine i kroz program jevrejske Konferencije za odštete (Claims Conference) jevrejskim nepreživelim žrtvama Holokausta plaćano je obeštećenje. Nemačka je 2013. godine započela program obeštećenja i lica koja su preživela Holokaust, sa obavezom da do 2017. godine isplati oko 800 miliona evra odštete preživelim jevrejskim žrtvama nacizma. Švajcarska od 2001. godine isplaćuje odštetu Romima, žrtvama Holokausta, na osnovu Programa za naknadu imovine koja im je oduzeta tokom Drugog svetskog rata.

Iako pozdravljena kao prva, Srbija ipak nije prva zemlja u jugoistočnoj Evropi koja se kroz restituciju bavila obeštećenjem Jevreja - žrtava Holokausta.⁷ To je 10-tak godina pre nje učinila Republika Makedonija koja je u svom Zakonu o denacionalizaciji regulisala povraćaj imovine Jevreja koji su svoju imovinu napustili usled prisilne deportacije u fašističke logore, a nisu preživeli pogrom i nemaju naslednike. Imovina koja bi trebala da se vrati tim licima vraća se po službenoj dužnosti i ulazi u sastav Fonda za holokaust Jevreja u Makedoniji, koji ima status pravnog lica, sa namenom da se ta sredstva upotrebe za izgradnju doma holokausta Jevreja u Makedoniji.⁸ Makedonija se, međutim, nije obavezala da

⁶ Od ukupno 17.800 Jevreja (od toga 1200 izbeglica), koje je rat zatekao na nemačkom vojnookupacionom području Srbije, život je izgubilo 14.800, uključujući tu i sve izbeglice – Milan Kojanin: "Holokaust u Jugoslaviji (1941–1944)", Jugoslovenski istorijski časopis br.1-2, Beograd, 1966, str. 111-122.

⁷ Sjedinjene Američke Države pozdravile su usvajanje Zakona o restituciji imovine žrtvama Holokausta koje nemaju živih zakonskih naslednika, uz opasku da je Srbija prva evropska zemlja koja je donela takav zakon (RTS, četvrtak, 18. februar 2016. g.).

⁸ Videti čl. 63a-63g Zakona o denacionalizaciji Makedonije – "Konfesionalna restitucija kao deo svojinske tranzicije", Beograd, 2010, str. 504-505, izd. Direkcija za restituciju.

daje novčano obeštećenje jevrejskoj zajednici, već je samo realnu imovinu čiji jevrejski vlasnici nisu živi preusmerila u javne svrhe.

NAČELA I OSNOVNA REŠENJA ZAKONA

ZOPOH ili Anti-Holokaust zakon predviđa vraćanje imovine i obeštećenje samo za jednu kategoriju lica - Jevreje, tačnije: za fizička lica koja su pripadnici jevrejske zajednice kojima je na teritoriji Republike Srbije oduzeta imovina kao žrtvama Holokausta, a koji u momentu restitucije nemaju živih naslednika kojima bi oduzeta imovina mogla biti vraćena. Zakon predviđa i vraćanje oduzete imovine organizacijama koje su u vreme oduzimanja bile u funkciji jevrejske zajednice. U članu 3. Zakon utvrđuje pojam holokausta kao vreme od 6. aprila 1941. godine do 9. maja 1945. godine u kome su okupator i njegovi saradnici na teritoriji današnje Republike Srbije sistematski progonili i zatirali pripadnike jevrejske zajednice, uništavali i oduzimali imovinu Jevreja, bez obzira na njihovo državljanstvo, i jevrejskih organizacija, zasnovano na rasističkim odredbama, propisima i aktima nacističkog režima. Dakle, da bi se moglo potraživati vraćanje oduzete imovine po ovom zakonu potrebno je: 1) da je nekom licu imovina oduzeta kao pripadniku jevrejske zajednice, 2) da je imovina oduzeta na teritoriji Republike Srbije, 3) da to lice nije živo i da danas nema živih zakonskih naslednika, 4) da je oduzimanje jevrejske imovine izvršeno u periodu od 6. aprila 1941. godine do 9. maja 1945. godine, ili nakon toga, na osnovu nacionalizacije, konfiskacije ili agrarne eksproprijacije, 5) da je oduzimanje te imovine u ratnom periodu izvršeno u sklopu sistematskog progona Jevreja zasnovanog na rasističkim odredbama, propisima i aktima nacističkog režima. Za primenu ovogh zakona dovoljno je da je bivši vlasnik bio pripadnik jevrejskog naroda u vreme Holokausta i da mu je u navedenom ratnom periodu oduzeta imovina na današnjoj teritoriji Republike Srbije, te da nije živ i da nema živih zakonskih naslednika, a nije relevantno da li je stradao za vreme Holokausta ili je umro nakon završetka Drugog svetskog rata.

Ratione temporis ovog zakona, tj. period na koji se odnosi njegova primena nadilazi period Holokausta i podudara se sa opštim periodom na koji se odnosi restitucija. Jevrejska imovina oduzeta od 6. aprila 1941. godine do 26. decembra 1958. godine, kada je izvršena nacionalizacija, pa i dalje kad je reč o eksproprijaciji, može biti predmet vraćanja po ovom zakonu, te, primera radi, može biti vraćen i stan koji je nacionalizovan 1958. godine a za koji se ispostavi da je nekada pripadao i oduzet žrtvi Holokausta. Zahtevi za vraćanje imovine po ovom zakonu podnose se u trogodišnjem roku, do 27. februara 2019. godine.

Zakon uređuje dva pitanja kojima, kako se kaže i u njegovom naslovu, otklanja posledice Holokausta: pitanje vraćanja oduzete imovine i pitanje finan-

sijske podrške jevrejskoj zajednici u Republici Srbiji. Vraćanje imovine se vrši u naturalnom obliku u skladu sa tim zakonom i Zakonom o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju. Nije moguće vraćanje druge realne imovine umesto oduzete jer ta dva zakona ne poznaju naturalnu supstituciju (tzv. zamensku restituciju). Nema ni novčanog obeštećenja, ako oduzeta imovina ne može da se vrati. Ali zato Anti-Holokaust zakon predviđa isplatu finansijske podrške kao paušalnu novčanu kompenzaciju za sva ona dobra koja se ne mogu vratiti u naturi.

Zakon predviđa da zahtev za vraćanje imovine podnosi jevrejska opština na čijem se području nalazi oduzeta nepokretnost i njoj se, ako je zahtev osnovan, rešenjem postupajućeg organa prenosi u svojину oduzeta jevrejska imovina. Prvog stepena i drugog stepena procedura je, uz primenu ZUP-a, uglavnom identična onoj koja se sprovodi kod građanske (opšte) restitucije.

Finansijska kompenzacija se isplaćuje Savezu jevrejskih opština Srbije (član 9) koji je potom zajedno sa jevrejskim opštinama usmerava u svrhe iz člana 22. Zakona. Ona nema restitucionu i reparacionu karakter - to Zakon negira u članu 2. stav 2, već ima satisfakcionu značaj, pogotovo zato što je usmerena i na pomoć preživelim žrtvama Holokausta bez obzira gde žive i bez obzira na imovno stanje (član 22. stav 2. u vezi sa stavom 1. tač. 5. Anti-Holokaust zakona).

Zakonom se izričito štite stečena prava zakonitih vlasnika (iura quesita) na imovini koja bi mogla doći pod udar Anti-Holokaust zakona (član 4). Promoviše se i načelo javnosti u pogledu svrsishodnog korišćenja novčane naknade koju država isplaćuje jevrejskoj zajednici narednih 25 godina (član 5).

ZOPOH ima mnogo nedoslednosti, nedorečenosti, nejasnoća, grešaka, i stiće se utisak da je rađen na brzinu, površno, "prelomljen preko kolena" samo da se što pre donese. Formalno, o nacrtu Zakona, po odluci skupštinskog Odbora za pravni sistem, vođena je javna rasprava, doduše svega 20-tak dana, ali ni ona, očigledno, nije dovela do unapređenja njegovih rešenja. Neke od tih manjkavosti prelamaju se preko leđa države, neke idu na štetu jevrejske zajednice, a neke će biti glavolomka za organ koji treba da primenjuje taj zakon - Agenciju za restituciju, stranke u postupku i stručnu javnost.

Tako, Zakon ni jednom odredbom ne pojašnjava da li se tzv. finansijska podrška jevrejskoj zajednici ima tumačiti kao obeštećenje za imovinu koja se ne može vratiti, ili kao kompenzacija za svu materijalnu ili nematerijalnu štetu ili pak kao solidarna pomoć i poklon na bazi saosećanja za stradanja Jevreja u vreme Holokausta. Opređenje pravnog-finansijske prirode tog novčanog davanja značajno je sa aspekta daljih finansijskih obaveza države u kontekstu restitucije i Holokausta. Zato je bilo uputno da se u Zakonu konstatuje da finansijska podrška koja se jevrejskoj zajednici isplaćuje narednih 25 godina predstavlja, uz tekuću restituciju, izraz saosećanja, solidarnosti i razumevanja za sve druge vidove materi-

jalne i moralne štete koje je pretrpela jevrejska zajednica u Srbiji za vreme Holokausta, koja se time smatra u celosti pokrivenom.

Nejasan i zamagljen je domašaj odredbe u članu 22. stav 2. u vezi sa stavom 1. tač. 5. Zakona po kojoj su Savez i jevrejska opština na ime finansijske podrške preživelim žrtvama Holokausta koje su imale prebivalište na teritoriji Republike Srbije u vreme Holokausta i koje trenutno žive u Republici Srbiji ili u inostranstvu, dužni da na godišnjem nivou izdvajaju 20% prihoda u periodu od najmanje deset godina od dana stupanja na snagu tog zakona i da pri tome obezbede jednak iznos finansijske pomoći svim preživelim žrtvama holokausta srpskog porekla, bez obzira na njihovo prebivalište ili trenutno boravište. Na prvi pogled bi se moglo reći da se ta pomoć opravdano odnosi na građane srpske nacionalnosti koji su na matrici nacističkog ustaškog režima u Sremu i na drugim područjima NDH u periodu 1941–1945. godine bili izloženi neviđenom ubijanju, progonu i otimačini imanja. Izraz Holokaust, ima i preneseni smisao pa se koristi i za nacistički, ali i drugi, istrebljivački pogrom drugih naroda i etničkih skupina, kao što su Romi, Jermeni i drugi, a u domaćoj literaturi koristi se i za stradanje Srba u fašističkoj NDH. Ali, takvom zaključivanju se protivi ceo koncept Zakona koji se isključivo odnosi na pripadnike jevrejske zajednice (član 1) i definicija Holokausta (član 3) koja Holokaust dovodi u vezu samo sa Jevrejima, pa bi se pre zaključilo da se ovde misli na preživele žrtve Holokausta - Jevreje poreklom iz Srbije. Odredba je svakako nejasna: može da se odnosi na Jevreje srpskog porekla ili na Srbe jevrejskog porekla, a sem toga navedena odredba je jedino mesto u Zakonu gde je reč Holokaust napisana malim slovima što bi se moglo tumačiti da se ne odnosi na autentični jevrejski Holokaust već i na neke druge holokauste.

Navedena odredba člana 22. stav 2. u vezi sa stavom 1. tač. 5. Anti-Holokaust zakona je interesantna i sa aspekta kruga korisnika finansijske podrške. Zakon određuje da su to preživele žrtve Holokausta koje su imale prebivalište na teritoriji Republike Srbije u vreme Holokausta i koje trenutno žive u Republici Srbiji ili u inostranstvu. Kako su po definiciji Holokausta (član 3. Zakona) svi Jevreji pod vlašću nacista bili žrtve Holokausta, znači da finansijsku pomoć praktično treba da dobiju svi danas živi Jevreji koji su u vreme Holokausta prebivali u Srbiji, nezavisno od toga gde danas žive. To se, dakako, odnosi samo na preživele, i danas žive, žrtve Holokausta, ali ne i na njihove naslednike, pa već samim tim broj korisnika takve materijalne potpore 71 godinu posle završetka Drugog svetskog rata i prestanka Holokausta, biće iznimno mali.

Intencija Zakona je očigledno da sveobuhvatno i potpuno reši povraćaj oduzete jevrejske imovine koja nema kome da se vrati s obzirom da bivši vlasnik nema živih, odnosno pravno postojećih sukcesora. Vraćanje imovine odnosi se i na jevrejske organizacije. Međutim, na osnovu ZOPOH-a, a i na osnovu dru-

ga dva restitucijska zakona, upitno je vraćanje imovine oduzete autentičnoj jevrejskoj organizaciji "Hevra Kadiša", koja je bila i mogla biti vlasnik nepokretne imovine.⁹ "Hevra Kadiša" (Sveto društvo) se već vekovima organizuje u svakoj jevrejskoj skupini sa ciljem da se stara o jevrejskoj tradiciji, običajima, sahranama i jevrejskim grobljima, te materijalno i na druge načine pomaže bolesne i potrebite sunarodnike. Obrazuje se kao dobrovoljno neformalno udruženje ili komisija unutar jevrejske opštine i nema status pravnog lica. "Hevra Kadiša" ne potpada pod pojam "bivši vlasnik" u članu 2. stav 1. tač. 3. jer nije fizičko lice niti pravno lice, a u suštinskoj je vezi sa jevrejskom zajednicom. Ovu zakonsku nepreciznost može na prilično "nategnut" način "ispeglati" praksa koja bi protumačila da je "Hevra Kadiša" sastavni deo jevrejske opštine koja jeste pravno lice i da se imovina vrati toj jevrejske opštini.

Zakon ne rešava pitanje povraćaja u vreme Holokausta oduzete imovine zadužbina koju je po volji vlasnika-zadužbinara uživala jevrejska zajednica kao beneficijar, a koja je posle 1945. godine konfiskovana i podržavljena. Predmet vraćanja po svim dosadašnjim restitucijskim zakonima, a i po Anti-Holokaust zakonu, je samo ona imovina koja je u vreme oduzimanja bila u svojini fizičkog lica jevrejske pripadnosti ili pravnog lica koje je bilo u funkciji jevrejske zajednice, a u vreme oduzimanja bilo je vlasnik te imovine. U postupku restitucije zadužbinska imovina, koja je bila oduzeta, vraća se zadužbini ili njenom pravnom sledbeniku. Zaduzbina je samostalna pravna ličnost koja činom osnivanja raskida imovinsku vezu sa svojim osnivačem i postaje vlasnik unete imovine, te zato osnivač zadužbine ne može ipso facto tražiti vraćanje imovine ili obeštećenje, već to može učiniti zaduzbina, odnosno njen pravni sledbenik određen osnivačkim aktom, odnosno statutom zadužbine (u krajnjoj liniji, nije isključeno da to bude i osnivač ako je to tim aktima predviđeno). Onaj, pak, ko upravlja zadužbinom, pa makar to bio i osnivač, nije vlasnik zadužbine niti njene imovine, već je zaduzbina, kao samostalno pravno lice, isključivi titular svih svojinskih prava na stvarima koja pripadaju zadužbini. Zato imovina zadužbine ne može da se vrati ni beneficijarima niti upraviteljima zadužbine, već jedino zadužbini, što je u praksi konfesionalne restitucije potvrdio u nizu svojih odluka i Vrhovni kasacioni sud.¹⁰ Na brojnim

⁹ Tako na primer, jevrejsko udruženje "Hevra Kadiša" koje je delovalo u okviru jevrejske opštine u Novom sadu, izgradilo je 1939. godine zgradu koju danas koristi Radio televizija Vojvodine i ona je pre Drugog svetskog rata bila jevrejsko sirotište i dom za stare. Zgrada je nacionalizovana i predana Naftagasu da bi nakon privatizacije te kompanije, zgrada prešla u trajno vlasništvo ruske kompanije, čime je isključena njena naturalna restitucija.

¹⁰ Višeo tome videti: Vladimir Todorović: "Vraćanje imovine zadužbinama", časopis *Pravni život*, br. 9–10/2013 – referat podnet na međunarodnom susretu pravnika "Kopaonička škola pravnog prava", decembra 2013. godine na Kopaoniku.

zadužbinama koje su osnovala fizička lica jevrejska zajednica bila je u statusu beneficijara, pa su stoga mnoge jevrejske zadužbine ostale, a i dalje ostaju, izvan domašaja restitucije, kao što je zadužbinska imovina beogradskog bankara Benciona Bulija i žene mu Matilde, zadužbina Davida S. Koena u Beogradu, zadužbina Josifa Frajnda i Irene Bem i drugih.

Kako je, što se izričito navodi u članu 11. Zakona, kao stranka u postupku označen "zakonski zastupnik Republike Srbije", proizlazi da to lice treba biti i obveznik vraćanja jer drugi obveznik vraćanja nije određen. Sigurno je da zakonodavac to nije hteo, ali to je napisao dajući zastupniku status stranke, i bez imenovanja stranke-obveznika.

Nije, naravno, na jednom ovakvom zakonu da se opredeljuje po složenom pitanju: da li je jevrejstvo samo vera ili i nacija? Zakon govori o žrtvama Holokausta kao pripadnicima jevrejske zajednice (čl. 1,3 itd.), ali i o preživelim žrtvama holokausta srpskog porekla (član 22. stav 2). Mada zakonodavac ovde nije dovoljno jasan, iz konteksta celog zakona da se zaključiti da se u oba slučaja radi o pripadnicima jevrejske zajednice organizovane po nacionalnoj ali i verskoj osnovi u jevrejske opštine.¹¹

RESTITUCIJA, NADRESTITUCIJA ILI NEŠTO TREĆE

U Republici Srbiji danas se, kao što je rečeno, primenjuju tri specifična zakona o vraćanju imovine kojima je uređena građanska (opšta) restitucija, konfesionalna (crkvena) restitucija i jevrejska restitucija (restitucija iz Holokausta). Prva dva zakona su uobičajena i u restitucijskoj praksi drugih zemalja, dok je treći pravni specifikum koji Srbiju izdvaja kao jedinu evropsku zemlju koja je, za sada, donela zakon kojim se restituise imovina žrtava Holokausta koje nemaju živih zakonskih naslednika i, pored restitucije, predviđa novčana kompenzacija jevrejskoj zajednici.

Nakon donošenja Anti-Holokaust zakona u medijskim kolumnama, posebno u komentarima građana na internetu, izneti su razni stavovi od pune podrške toj ideji i donetom zakonu, do kritičkih opaski na zakon... da država olako daje 24 miliona evra ne pitajući svoje građane... da treba tražiti od Nemačke da vrati novac koji su Nemci stekli prodajom jevrejske imovine u Srbiji... da to izgleda kao da plaćamo ratnu odštetu žrtvama holokausta... da Srbija koja je jedina

¹¹ Na VI Zemaljskoj konferenciji jevrejskih opština u septembru 1952. godine, doneta je odluka da se ime Savez jevrejskih veroispovednih opština promeni u: Savez jevrejskih opština. Opštinama je ostavljeno da same o tome odluče pa su mnoge, naročito veće, promenile svoje ime sa sa "Jevrejske veroispovedne opštine" na "Jevrejsku opštinu" – dr Albert Vajs: "Jevreji u novoj Jugoslaviji", Jevrejski almanah, Beograd, 1954, str. 5–47.

donela ovakav zakon preuzima teret krivca za holokaust... zašto se vraća i plaća samo jevrejima, jesu li ostali građani drugog reda, posebno zašto se ne vraća srpska imovina koju su u vreme NDH ustaše u Sremu oduzele likvidacijom vlasnika te imovine, ili romska imovina... Srbi su štitili Jevreje u ratu, a sad im plaćaju odštetu...itd.¹²

Da li su Jevreji ovim zakonom povlašćeni u odnosu na druge građane Srbije? Reklo bi se - da jesu. Sem trostruke mogućnosti vraćanja jevrejske imovine - kroz Zakon o vraćanju (restituciji) imovine crkvama i verskim zajednicama (jevrejskoj zajednici), kroz Zakon o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju (Jevrejima - fizičkim licima) i kroz Zakon o otklanjanju posledica Holokausta (jevrejskoj zajednici, jevrejskim organizacijama i preživelim Jevrejima - fizičkim licima), Republika Srbija se obavezala da jevrejskoj zajednici isplaćuje fiksnu novčanu kompenzaciju. Specijalni pravni i materijalni tretman jevrejske zajednice u ovom zakonu zagarantovan je u članu 9. Anti-Holokaust zakona kroz obezbeđenje finansijske podrške jevrejskoj zajednici iz državnog budžeta u iznosu od 950.000 evra na nivou kalendarske godine, a na period od 25 godina, počev od 1. januara 2017. godine. Prema članu 10. Zakona jevrejskoj zajednici dato je potpuno poresko i troškovno oslobođenje, pa tako sticanje imovine i ostvarivanje prihoda u vidu finansijske podrške na osnovu ovog zakona ne podleže plaćanju ni jedne vrste poreza, administrativnih i sudskih taksi i naknada državnim organima i organizacijama, što znači da će jevrejska zajednica do 2041. godine od države primati svake godine neoporezovanih nepunih milion evra.

Novi zakon osim što, u odnosu na jevrejsku imovinu, predviđa pravo na vraćanje i one imovine koju u dosadašnjoj restituciji nije imao ko da traži jer bivši vlasnik nije živ a zakonskih naslednika nema, otvara mogućnost revizije dosadašnje građanske i konfesionalne restitucije. Ta mogućnost postoji u odnosu na odluke kojima je zahtev za restituciju odbačen iz razloga što je imovina oduzeta izvan vremenskog okvira koji pokrivaju navedeni zakoni (pre 1. januara, odnosno pre 9. marta 1945. godine). U okviru konfesionalne restitucije doneti su brojni zaključci kojima su zahtevi za vraćanje imovine jevrejskoj verskoj zajednici odbačeni jer je ta imovina oduzeta pre 1. januara 1945. godine. Sada, po Anti-Holokaust zakonu, jevrejska opština na čijem se području nalazi ta imovina može ponovo podneti zahtev da joj se imovina, oduzeta od strane fašističkih vlasti, na primer 1942. godine, vrati u svojinu. To se odnosi i na odbačene ili odbijene zahteve u opštoj restituciji, kad je podnosilac zahteva jevrejska zajednica. Sem toga, odredbom u članu 1, kao i u članu 2. stav 1. tač. 1) Anti-Holokaust zakona, izričito je predviđeno da se vraćanje odnosi ne samo na imovinu oduzetu na teritoriji Repu-

¹² videti: www.rts.rs, www.politika.rs i dr. od 18. februara 2016. godine.

blike Srbije za vreme Holokausta, već i na imovinu oduzetu na osnovu propisa iz člana 2. Zakona o vraćanju oduzete imovine i obeštećenju, što znači da je moguće vraćanje svake jevrejske imovine, koja danas nema živog titulara, a oduzeta je u periodu od 6. aprila 1941. godine do 31. decembra 1958. godine, kada je ozakonjena i nastupila nacionalizacija, pa i posle toga – kad je reč o eksproprijaciji.

Ipak, i pored navedenih činjenica koje ukazuju da je jevrejskoj imovini u Srbiji dat poseban tretman, druge činjenice i okolnosti opovrgavaju zaključivanje da je jevrejska zajednica time dobila veća prava i imovinu koja joj ne pripada, posebno kad je reč o prirodnoj restituciji. Na specifičnost jevrejske imovine i zaštitu jevrejske populacije stradale u vreme nacističkog Holokausta ukazuje široko prihvaćena međunarodna deklaracija iz Terezina, tako da je postojala pravna i prirodna potreba da se u odnosu na tu imovinu donese jedan *lex specialis*. U kontekstu restitucije u Srbiji, srpski Anti-Holokaust zakon ne daje javrejskoj zajednici dvostruka prava i "restituciju nad restitucijom" već daje dodatnu i novu priliku da se povrati i ona imovina koja nije mogla biti vraćena kroz dosadašnju restituciju. Za razliku od klasične restitucije kod koje se imovina vraća živim bivšim vlasnicima ili njihovih živim naslednicima (vitalna restitucija), kod ove specifične restitucije radi se isključivo o postupanju sa imovinom neživih bivših vlasnika (mortalna restitucija). Čak i kod ponovnog rešavanja u predmetima koji su već negativno rešeni kroz dosadašnju restituciju, ne dolazi do dupliranja prava i vraćanja dvostruke imovine već samo ono što nije moglo biti vraćeno zato što bivši vlasnik nije živ i zato što nema živih zakonskih naslednika, vraća se jevrejskoj zajednici, kao etničkoj i verskoj skupini kojoj to lice pripada. U širem, humano-etičkom kontekstu, stoji činjenica da je stradanje jevrejskog naroda u vreme nacizma imalo razmere biblijskog potopa, čemu su u Srbiji podanički doprinosili domaći saradnici okupatora i da su mnoge jevrejske porodice likvidirane i "zatravnjene", a njihova imovina sukcesionirana na državu i nikada nije vraćena pravim vlasnicima.

Manjkavost Anti-Holokaust zakona, koji je u primeni od februara 2016. godine¹³, je što ni u jednoj odredbi ne uređuje odnos tog zakona prema druga dva zakona o restituciji koji su u primeni od 2007., odnosno od 2012. godine, pa niti isključuje njihovo personalno i temporalno preklapanje, ostavljajući mogućnost dvostrukog ili ponovnog rešavanja iste pravne stvari i revizije do sada donetih odluka o restituciji, kad je reč o zahtevima jevrejskih fizičkih i pravnih lica.

U kontekstu političkog i socijalno-moralnog cilja koji se želeo postići donošenjem Anti-Holokaust zakona, preplitanja ova tri zakona su razumljiva sa ciljem

¹³ Primenom Anti-Holokaust zakona Agencija za restituciju je jevrejskoj zajednici do septembra 2016. godine vratila jednu zgradu, jedan stan i 14 lokala u Beogradu ("Večernje novosti", 26. septembar 2016. g.).

da se obezbedi primat Anti-Holokaust zakonu i koliko-toliko otklone posledice ljudske i materijalne devastacije koju je pretrpela jevrejska populacija. Međutim, u kontekstu pravnog sistema i tekuće restitucije Anti-Holokaust zakon koji ne uspostavlja pravnu sponu sa prethodna dva zakona može dovesti do pravne distorzije i urušavanja nekih sistemskih načela, pogotovo zato što taj zakon i jeste i nije restitucija, nije jasna granica “šta se vraća, a šta plaća”, zbog disperzije korisnika restitucije (restituenata) mešaju se subjekti: jevrejska zajednica, Savez jevrejskih opština, jevrejska opština, jevrejska verska zajednica, pripadnik jevrejske zajednice, Jevreji, zatim pitanje pravne sigurnosti jer već odbijeni zahtevi mogu ponovo doći na rešavanje isticanjem činjenice da je vlasnik imovine koja je predmet restitucije stradao kao žrtva Holokausta, itd.

Anti-Holokaust zakon odstupa od temeljnog restitucijskog principa da se oduzeta imovina vraća isključivo bivšem vlasniku ili njegovim zakonskim naslednicima. Po ovom zakonu imovina se, na osnovu činjenice da je danas neživi bivši vlasnik bio pripadnik jevrejske zajednice, vraća jevrejskoj opštini koja po zakonskoj fikciji personalizuje njegovog pravnog sledbenika. Jevrejska opština je po zakonu ovlašćena da tu imovinu uknjiži kao svoje vlasništvo, ali isto tako je po članu 21. stav 3. Zakona dužna, ako se pojavi preživeli zakonski naslednik bivšeg vlasnika čija imovina joj je pravnosnažno ustupljena, koji zahteva da se njemu vrati ta imovina, da tom preživlom zakonskom nasledniku prenese u svojinu predmetnu nepokretnost u celini, ili u delu koji mu pripada u skladu sa odredbama Zakona o nasleđivanju (ova odredba stipulira da jevrejska opština u ovom slučaju utvrđuje nasledni udeo tog novopojavljenog lica, što je neprihvatljivo).

Navedena situacija je u praksi moguća, kao što je moguća pojava novog naslednika nakon završenog ostavinskog postupka. Razlika ipak postoji jer je jevrejska opština zasnovala pravo svojine na činjenici da zakonski naslednik bivšeg vlasnika nije preživeo Holokaust, a on se potom lično pojavljuje. Odredba člana 21. stav 3. ne postavlja nikakve preduslove za preživelog zakonskog naslednika vlasnika: gde je bio do sada, posebno zašto nije podneo zahtev za restituciju do zakonskog prekluzivnog roka – do 3. marta 2014. godine, ima li još naslednika, da li je jevrejska zajednica znala ili mogla znati za tog svog člana? S obzirom na sve ono što se dešavalo jevrejskoj zajednici, teško je verovati da će pojava preživelih zakonskih naslednika biti česta. Zakonodavac se ovde zadovoljio time da je bivša jevrejska imovina došla u ruke jevrejskoj zajednici čime je podmireno načelo moralne pravde na kom temelji taj zakon, a pojava preživelog naslednika ne stvara nove obaveze za državu pa se ona time nije dalje ni bavila.

U pogledu jednakosti prava na restituciju i obeštećenje nije, kao što je rečeno, sporno pravo jevrejske zajednice, koja je pretrpela najteže stradanje i masakr od strane nacista u Drugom svetskom ratu, da joj pripadne imovina njenih neži-

vih članova. Iako to nije moglo biti predmet ovog specijalnog zakona, treba imati u vidu da su takođe još dve društvene grupe u vreme fašizma pretrpele velika stradanja, pogrom i egzodus istrebljenjem čitavih porodica, a to su Romi, kao i Srbi na području nacističke NDH, posebno u oblasti Srema i severoistočne Bosne, kojima je prinudno oduzimana i preknjižavana imovina i koji su masovno likvidirani kroz sistemski organizovan projekat nacionalnog čišćenja. Za nadati se je da će, jednog dana, i pitanje ovih žrtava nacističkog režima doći u vidokrug zakonodavca.

ZAKLJUČAK

Zakon o otklanjanju posledica oduzimanja imovine žrtvama Holokausta koje nemaju živih zakonskih naslednika (Anti-Holokaust zakon) je svakako korak napred u zaštiti ljudskih sloboda i prava, posebno ranjivih društvenih grupa kakva su bili Jevreji u doba nacizma u Drugom svetskom ratu. Ta zaštita, makar i posteriorno data, nema samo materijalni značaj, već predstavlja svojevrsno priznanje od strane države da su Jevreji bili posebna staradalnička grupacija koja služi moralno saosećanje i razumevanje, te da je pravedno da se imovina Jevreja – žrtava Holokausta koji nemaju živih naslednika, danas vrati makar jevrejskoj zajednici kojoj oni pripadaju. Vraćanje nepokretne i pokretne imovine u naturi i isplata finansijske pomoći tj. primerene novčane naknade jevrejskoj zajednici u narednih četvrt veka, je prvi slučaj praktične primene Terezinske deklaracije u Evropi, što će u svakom pogledu značajno ojačati jevrejsku zajednicu u Srbiji. Određena povlašćenost, koju donosi ovaj zakon jevrejskoj zajednici, ima svoje opravdanje u saosećanju sa velikim ljudskim i materijalnim stradanjima te populacije.

Anti-Holokaust zakon je, uz postojeća dva koji se bave konfesionalnom i građanskom restitucijom, treći zakonski akt na osnovu kojih se odvija aktuelna restitucija u Republici Srbiji. Upravo sličnosti i razlike ta tri zakona, njihovo prožimanje i dileme koje ih prate, bio je dovoljan razlog da se ovaj potonji zakon u svom prelaznom režimu odredi prema druga dva zakona, što je zakonodavac propustio da uradi. To je, nažalost, u našoj legislativi čest slučaj, jer se zakoni pripremaju i donose tako kao da je ispred i iza njih pravna pustoš, bez pravnčkog osećaja da funkcionalan pravni sistem mora biti iznutra savršeno povezan i harmonizovan.

Uz puni pijetet prema Jevrejima kao najvećim žrtvama Holokausta u vreme nacizma, treba imati u vidu da su takođe još dve društvene grupe u vreme fašizma pretrpele velika stradanja i pogrom istrebljenjem čitavih porodica, a to su Romi, kao i Srbi na području nacističke NDH, posebno u oblasti Srema i severoistočne Bosne, kojima je preknjižavana imovina i koji su masovno likvidirani kroz

sistemski organizovan projekat nacionalnog čišćenja. Za nadati se je da će, jednog dana, i pitanje ovih žrtava nacističkog režima doći u vidokrug zakonodavca.

I pored mnogih manjkavosti Anti-Holokaust zakona i njegovog preklapanja sa ostala dva restitucijska zakona, ne bi se moglo reći da je to „restitucija nad restitucijom”, već je to restitucija iz novog ugla, iz ugla žrtava Holokausta (mortalna restitucija) koje do sada nisu bile obuhvaćene restitucijom, pri čemu će u daljem toku “trojne restitucije” (istovremenom primenom tri važeća zakona o restituciji), zbog nepreciznosti u samom zakonu i nedostatnog prelaznog zakonskog režima biti kolizija, nejasnoća i nedoumica.

VLADIMIR TODOROVIĆ, President, “Projuris” Belgrade.

PREDRAG VASIĆ, Judge, Appellate Court in Belgrade.

COMPENSATION TO VICTIMS OF THE HOLOCAUST IN THE CONTEXT OF RESTITUTION

Summary

Law on elimination of the consequences of seizure of property Holocaust victims who do not have any living legal successor (Anti-Holocaust law) is certainly a step forward in the protection of human rights and liberties, especially of vulnerable social groups as were Jews at the times of Nazism in the Second World War. This protection, even if it was posterior given, does not have only character of the material, but it represents a recognition by the state that the Jews were a special group that suffered and they deserve moral compassion and understanding, so it is fair to return the property of Jews – Holocaust victims who do not have living successor, at least to the Jewish community which it belongs. The return of real and personal estate in kind and payment of financial aid ie. adequate pecuniary compensation to the Jewish community in the next quarter century, is the first case of practical application of the Terezin Declaration in Europe, that will considerably strengthen the Jewish community in Serbia in every respect. Certain of privilege, which this law brings to the Jewish community, has its justification in compassion with human and material suffering of this population.

Anti-Holocaust Law, in addition to the existing two laws which dealing with confessional and civil restitution, is the third legal act on which the current restitution of the Republic of Serbia has developed. In fact similarity and differences of these three laws, their permeation and dilemmas which go along with them, was sufficient reason that the latter law in its transitional regime determine according to the other two laws, which the legislator has failed to do. Unfortunately, this is common case in our legislation, because the laws are prepared and adopted as if there is legal desolation in front of and behind them, without legalistic sense that the functional legal system must be internally perfect connected and harmonized.

With a full reverence to Jews as the biggest victims of the Holocaust at the time of the Nazism, it should take into account that there are also two social groups that at the time of fascism suf-

ferred a great starvation and pogrom extermination of entire families, such as Roma as well as Serbs in the territory of the Nazi Independent State of Croatia, especially in the area of Srem and north-east Bosnia, which property was reposted and who are mass executed through the system organized project of national cleaning. We can hope that, one day, the issue of these victims of the Nazi regime will come into legislator's view.

Despite of many deficiency of Anti-Holocaust law and its overlap with the other two restitution laws, no one could say that this is "restitution of the restitution", but this is restitution from the new point, from the perspective of the Holocaust victims that have not been covered by restitution, whereby the further course of "triple restitution"(the simultaneous application of three valid laws on restitution), for inaccuracies in the law and in default of transitional legal regime would be a collision, ambiguity and perplexity.

MIRJANA VULIĆ

PRAVO SVOJINE NA GRADSKOM GRAĐEVINSKOM ZEMLJIŠTU

U V O D

Pojam gradskog građevinskog zemljišta prvi put se uvodi Zakonom o građevinskom zemljištu 1975. godine¹.

Gradsko građevinsko zemljište se u članu 3. definiše kao: "izgrađeno i neizgrađeno građevinsko zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera koje je određeno zakonom ili na osnovu zakona i građevinsko zemljište u gradovima i naseljima gradskog karaktera koje u skladu sa uslovima i po postupku koji su utvrđeni zakonom odredi opština."

Kao izgrađeno građevinsko zemljište smatraju se građevinske parcele odnosno kompleksi zemljišta na kojima su izgrađeni objekti namenjeni za trajnu upotrebu. Neizgrađeno građevinsko zemljište čine građevinske parcele, odnosno kompleksi zemljišta namenjeni za izgradnju i uređivanje prostora. Takođe se kao neizgrađeno građevinsko zemljište smatraju i građevinske parcele na kojima su izgrađeni objekti privremenog karaktera i pomoćni objekti.

Navedenim zakonom građevinsko zemljište je proglašeno za dobro od opšteg interesa. Saglasno tome gradsko građevinsko zemljište je u društvenoj svojini, a pravna lica i građani mogu imati i sticati pravo korišćenja. Pravo korišćenja nije u prometu, a isključivo pravo raspolaganja na gradskom građevinskom ze-

Mirjana Vulić, sudija Upravnog suda, Beograd.

¹ Sl. glasnik SRS, br. 32/75.

mljištu ima opština. Nosioi prava korišćenja na izgrađenom građevinskom zemljištu mogu to pravo prenositi samo zajedno sa prenosom prava svojine na zgradi koja može biti u prometu.

Nastanak gradskog građevinskog zemljišta

Na osnovu definicije gradskog građevinskog zemljišta date u Zakonu o građevinskom zemljištu možemo zaključiti da postoje dve vrste gradskog građevinskog zemljišta prema načinu postanka.

Prva, koju čini zemljište koje je određeno zakonom ili na osnovu zakona kao gradsko građevinsko do 1975. godine, kada je donet zakon, a druga vrsta zemljišta je ona koju će opštine ubuduće, posle 1975. godine proglašavati za gradsko građevinsko zemljište, u skladu sa uslovima i po postupku koji su utvrđeni zakonom.

Zakonom o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta iz 1958. godine² nacionalizovano je izgrađeno i neizgrađeno građevinsko zemljište u užim građevinskim reonima gradova i naselja gradskog karaktera.

Postupak nacionalizacije građevinskog zemljišta započinjao je odlukom Izvršnog veća Republike određivanjem mesta koja se smatraju gradovima i naseljima gradskog karaktera. Zatim su opštinski organi donosili odluke o utvrđivanju građevinskog reona. Odluka je sadržala popis svih katastarskih parcela koje ulaze u sastav užeg građevinskog reona. Ovu odluku potvrđivalo je Republičko izvršno veće. U toku 1959. godine svi gradovi i naseljena mesta u Srbiji doneli su ove odluke.

Na osnovu ovih odluka geodetske uprave su uradile zapisnike obeležavanja granica užeg građevinskog reona i prostorne karte – geodetske podloge – sa ucrtanom granicom užeg građevinskog reona i spisakom svih katastarskih parcela koje ulaze u užu građevinski reon.

Godine 1968. donet je Savezni zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera³. Zakonom se propisuje da se kao građevinska mogu odrediti samo ona zemljišta koja su već urbanistički izgrađena ili za koja se donese urbanistički plan i ako će se gradnja na tim zemljištima u celini ili većim delom izvršiti u roku od deset godina. Građevinsko zemljište se određuje republičkim zakonima.

Na osnovu ovlašćenja iz ovog zakona Republika Srbija iste godine donosi Zakon o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera⁴. Zakon sadrži spisak 35 mesta u Srbiji, 25 u Vojvodini i 3 na Kosovu i

² Sl list FNRJ, br. 52/58.

³ Sl list SFRJ, br. 5/68.

⁴ Sl glasnik SRS, br. 32/68... 39/73.

Metohiji. Skupštine opštine bile su u obavezi da u roku od dva meseca sačine zapisnik o omeđavanju i skice zemljišta sa spiskom katastarskih parcela koje postaju građevinske i prelaze u društvenu svojinu. Tako je nastala prva vrsta gradskog građevinskog zemljišta.

Zakonom o građevinskom zemljištu iz 1975. godine menjaju se uslovi i postupak određivanja zemljišta za gradsko građevinsko.

Kao prvo nadležnost za određivanje zemljišta za gradsko građevinsko prelazi sa republike na opštinu. Zatim su propisani uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi jedno zemljište bilo proglašeno za gradsko građevinsko. U tri slučaja zemljište može biti proglašeno za gradsko građevinsko: 1. Ako je urbanistički već izgrađeno, 2. Ako se nalazi u granicama generalnog urbanističkog plana i 3. Zemljište u drugim područjima predviđenim za stambenu i drugu kompleksnu izgradnju. U sva tri slučaja moraju da budu ispunjena dva uslova: da je donet detaljni urbanistički plan i da je uređenje i izgradnja tog zemljišta predviđena srednjoročnim društvenim planom opštine.

Detaljni urbanistički plan se donosi za deo naselja, u okviru generalnog plana i njima se utvrđuje i uređuje organizacija, uređenje i korišćenje celokupnog prostora određenog naselja. Obavezni delovi urbanističkog plana su: pravila uređenja, pravila građenja i grafički prilozi. Pravilima uređenja se definišu mreže saobraćajnica i trase kretanja linijske infrastrukture (vodovodne i kanalizacione mreže, elektro mreže, mreže toplovoda i gasovoda...). pravilima građenja utvrđuju se veličine građevinske parcele, vrste objekata koji će se na njima graditi, građevinske i regulacione linije, spratnost objekata, stepen izgrađenosti i zauzetosti građevinskih parcela. Grafički prilozi sadrže geodetske podloge na kojima se prikazuje postojeće stanje katastarskih parcela, kao i buduća namena predviđena urbanističkim planom.

Detaljne urbanističke planove donosile su opštine u formi odluke o usvajanju detaljnog urbanističkog plana.

Postupak donošenja urbanističkog plana odvijao se u dve faze. U prvoj fazi opština je donosila odluku o pristupanju izradi detaljnog urbanističkog plana. Ova odluka je imala tačno propisan sadržaj. Sadržala je opis granice zahvata urbanističkog plana navođenjem brojeva svih katastarskih parcela koje su u zahvatu. Donošenjem ove odluke obustavljan je promet zemljišta koje se nalazi u zahvatu plana za vreme od dve godine. Takođe je obustavljano i izdavanje građevinskih dozvola. Odluka je sadržala i odredbe kojima se zemljišno-knjižno odeljenje opštinskog suda obavezivalo na upis i sprovođenje zabeležbe obustave prometa. Odluka je stupala na snagu po objavljivanju u opštinskom službenom listu.

Sledeća faza je donošenje odluke o usvajanju detaljnog urbanističkog plana. Odluke su donosile skupštine opština. Sastavni delovi odluka su bili elaborati de-

taljnih urbanističkih planova koje su radile stručne urbanističke organizacije. Po usvajanju plana opština je mogla da pristupi donošenju odluke o proglašenju zemljišta za gradsko građevinsko.

Ove odluke su nosile naziv "Odluke o određivanju gradskog građevinskog zemljišta". U prvom članu svih odluka navodio se naziv naselja na koje se odnosi odluka. Sledeći član je opisivao granicu zahvata. Zatim je sledio spisak svih katastarskih parcela koje se proglašavaju za gradsko građevinsko zemljište. Najbitnija odredba svih ovih odluka je ona kojom se ukida pravo svojine i naređuje sprovođenje promena u zemljišnim knjigama.

U Odluci o određivanju građevinskog zemljišta⁵ Skupštine grad Kragujevca iz 1979. godine u članu 7. propisano je: "stupanjem na snagu ove odluke prestaje pravo svojine na zemljištu opisanom u prethodnim članovima na kojem je do tog dana postojalo pravo svojine". U odluci iz 1978. godine umesto izraza "prestaje pravo svojine" upotrebljen je izraz "postaje društvena svojina". Upotrebljena su dva različita izraza za isto pravno dejstvo odluke o određivanju gradskog građevinskog zemljišta. Jer donošenjem ove vrste odluke istovremeno prestaje pravo svojine i postaje društvena svojina na zemljištu koje je navedeno u odluci.

Opštinski sud je posebnim odredbama ove odluke obavezivan da sprovede odgovarajuće upise i promene u zemljišnim knjigama, po službenoj dužnosti. Naime, zemljište je knjiženo kao društvena svojina, a dotadašnji vlasnici upisivani su kao korisnici zemljišta. Ove odluke su objavljivane u opštinskim službenim listovima i isticane na oglasnim tablama mesnih kancelarija radi obaveštavanja. Raniji vlasnici nisu imali mogućnost prigovora na odluku niti su mogli da osporavaju promenu upisa u zemljišnim knjigama.

Iz navedenih analiza možemo zaključiti da je osnovna karakteristika gradskog građevinskog zemljišta da je nastalo nacionalizacijom od ranijih vlasnika. Nacionalizacija je vršena na osnovu zakona ali i donošenjem odluka o određivanju gradskog građevinskog zemljišta. Sledeća karakteristika je da je to zemljište u društvenoj svojini, a da fizička lica mogu imati samo pravo korišćenja.

Zakon o građevinskom zemljištu⁶ iz 1995. godine zadržava pojam gradskog građevinskog zemljišta. U članu 17. ovog Zakona definiše se gradsko građevinsko zemljište.

Pored dve vrste gradskog građevinskog zemljišta koje smo već opisali navodi se i treća koja će biti proglašena odlukom opštine na osnovu zakona. Uslovi za proglašenje su isti kao u prethodnom zakonu sa jednom bitnom razlikom, a to je kako stoji u članu 4. ovog Zakona "Aktom o određivanju gradskog građevinskog

⁵ Međuopštinski službeni list Opštine Šumadija 15/79.

⁶ Sl glasnik RS, br. 44/95.

zemljišta ne menja se oblik svojine na zemljištu koje se određuje za gradsko građevinsko zemljište”.

Status gradskog građevinskog zemljišta koje je za takvo proglašeno do 1995. godine ostaje nepromenjen. Zakon o planiranju i izgradnji⁷ iz 2004. godine čijim stupanjem na snagu prestaje važnost Zakona o građevinskom zemljištu iz 1995. godine uvodi novu podelu građevinskog zemljišta.

Građevinsko zemljište može biti javno građevinsko zemljište i ostalo građevinsko zemljište. Podela je izvršena prema vrsti objekata koji su izgrađeni ili čija je izgradnja planirana na građevinskom zemljištu. Tako se javno građevinsko zemljište definiše kao zemljište na kome su izgrađeni objekti od opšteg interesa i javne površine kao i neizgrađeno zemljište koje je predviđeno za ovu vrstu izgradnje. Zakonom se ne definiše ostalo građevinsko zemljište. Ostalim građevinskim zemljištem se smatra svo građevinsko zemljište koje nije javno.

Gradsko građevinsko zemljište ne postoji kao vrsta zemljišta. Ali u stavu 3. člana 79. navodi se da zemljište koje je kao gradsko građevinsko proglašeno do 2003. godine i bilo u državnoj svojini ostaje u državnoj svojini. Zakonom o planiranju i izgradnji⁸ iz 2009. godine uvodi se nova podela građevinskog zemljišta. Prema članu 87. ovog zakona građevinsko zemljište se deli na dve vrste: 1) izgrađeno i neizgrađeno i 2) uređeno i neuređeno.

Pravni režim gradskog građevinskog zemljišta

Pravni režim gradskog građevinskog zemljišta kao posebne vrste nepokretnosti regulisan je zakonima o građevinskom zemljištu.

U članu 1. Zakona o građevinskom zemljištu iz 1975. godine stoji: “Ovim zakonom se uređuju osnove pravnog režima građevinskog zemljišta u društvenoj svojini, osnove svojinsko-pravnih i drugih stvarno-pravnih odnosa na građevinskom zemljištu i utvrđuju načela o uređivanju i korišćenju građevinskog zemljišta”.

Zakoni o građevinskom zemljištu koji su doneti kasnije kao i Zakoni o planiranju i izgradnji iz 2003. i 2009. godine ne sadrže izričite odredbe poput citiranog člana 1. ali iz teksta ovih zakona jasno sledi da se ovim zakonima uređuju osnove svojinsko-pravnih i drugih stvarno-pravnih odnosa na građevinskom zemljištu.

Analizom svih navedenih zakona zaključujemo da na građevinskom zemljištu mogu da postoje tri vrste svojinskih, odnosno stvarnih prava: pravo svojine, pravo korišćenja i pravo zakupa. Pravo korišćenja je bilo dominantni i isključivi oblik stvarno-pravnog ovlašćenja na gradskom građevinskom zemljištu sve

⁷ Sl glasnik RS, br. 47/2003.

⁸ Službeni glasnik RS, br. 72/229.

do 2003. godine. Gradsko građevinsko zemljište bilo je u svojini države, a pravo raspolaganja imala je opština. Pravna i fizička lica mogla su imati samo pravo korišćenja. Pravo korišćenja nije bilo u prometu. Pravo korišćenja na gradskom građevinskom zemljištu sticalo se na dva načina i u zavisnosti od toga, možemo razlikovati dve vrste korisnika.

Prvu grupu čine raniji sopstvenici, odnosno vlasnici čije je građevinsko zemljište nacionalizovano zakonom ili aktima opštine o proglašenju njihovog zemljišta za gradsko građevinsko. Njihovo pravo korišćenja predstavlja ostatak svojine posle nacionalizacije. Njima to pravo korišćenja nije dala opština, već je to ono pravo koje im je preostalo pošto im je država oduzela pravo svojine.

Drugu grupu čine korisnici kojima je opština dala na korišćenja gradsko građevinsko zemljište radi izgradnje objekata u skladu sa urbanističkim planom.

Međutim, ove dve vrste korisnika nisu ravnopravne. Raniji vlasnici, a sada korisnici gradskog građevinskog zemljišta, su u nepovoljnijem položaju u odnosu na korisnike koji su to pravo dobili od opštine. Ukoliko raniji vlasnik želi da gradi objekat na gradskom građevinskom zemljištu čiji je sad korisnik, mora prethodno da se obrati opštini, koja će svojom odlukom dati na korišćenje zemljište ranijem vlasniku iako je već upisan u zemljišnim knjigama kao korisnik. Ova tendencija stavljanja ranijih vlasnika nacionalizovanog zemljišta u nepovoljniji položaj u odnosu na druge korisnike zadržala se sve do 2014. godine.

Zakup građevinskog zemljišta uvodi se Zakonom o planiranju i izgradnji⁹ 2003. godine. Država je i dalje vlasnik gradskog građevinskog zemljišta ali zemljište više ne daje na korišćenje, već u zakup.

“Građevinsko zemljište u državnoj svojini može se dati u zakup, radi izgradnje javnim nadmetanjem ili prikupljanjem ponuda javnim oglasom” – propisano je u članu 81. navedenog zakona. Iz odredbe člana 82. ovog zakona koji propisuje sadržinu ugovora o davanju u zakup proizilazi da se radi o zakupu na određeno vreme. Više ne postoji mogućnost da opština daje zemljište na trajno korišćenje. Prema ovom zakonu zakupac ima pravo da na građevinskom zemljištu koje je predmet zakupa na određeno vreme izgradi objekat trajnog karaktera.

Zakon ne definiše sam pojam zakupa kao ni ugovor o davanju u zakup građevinskog zemljišta. To znači da se primenjuju odredbe Zakona o obligacionim odnosima¹⁰ i Zakon o osnovama svojinsko pravnih odnosa¹¹ koji regulišu pojam zakupa.

⁹ Sl. glasnik RS, br. 47/2003.

¹⁰ Sl. list SFRJ 29/78.

¹¹ Sl. list SFRJ 6/80 i Sl. list SRJ 29/96.

Zakon o obligacionim odnosima definiše u članu 567. Ugovor o zakupu na sledeći način: "Ugovorom o zakupu obavezuje se zakupodavac da preda određenu stvar zakupcu na upotrebu, a ovaj se obavezuje da mu za to plaća određenu zakupninu". Zakupac je dužan čuvati zakupljenu stvar i po prestanku zakupa vratiti je neoštećenu. Ako je za vreme zakupa izvršio nekakve promene na stvari, dužan je vratiti je u stanje u kome je bila kad mu je predata u zakup.

Prema Zakonu o osnovama svojinsko pravnih odnosa institut zakupa bismo mogli da objasnimo na sledeći način: Vlasnik se privremeno odriče dela svojih svojinskih prava – prava korišćenja i prenosi ga zakupcu uz naknadu. Zakupac stiče pravo privremenog korišćenja nepokretnosti, dok traje zakup.

Ako bismo primenili norme dva navedena zakona na zakup građevinskog zemljišta došli bismo do sledećih zaključaka:

1. Po isteku ugovorenog zakupa, zakupac je dužan da vrati zakupljeno zemljište zakupodavcu, odnosno opštini.
2. Zakupljeno zemljište mora da se vrati u stanje u kome je bilo u momentu davanja u zakup, odnosno zakupac mora da poruši izgrađeni objekat,
3. Zakupac može da ostavi izgrađeni objekat na zemljištu, pod uslovom da mu zakupodavac, odnosno opština, isplati naknadu u visini vrednosti objekta. Pravo da bira da li će se objekat zadržati ili porušiti ima zakupodavac, odnosno opština.

Očigledno je da se norme dva navedena zakona ne mogu primeniti na zakup građevinskog zemljišta na određeno vreme.

Država, kao zakupodavac daje građevinsko zemljište u zakup na određen ovreme i istovremeno dozvoljava zakupcu da na zakupljenom zemljištu izgradi trajni objekat, što je u suprotnosti sa pravnom prirodom zakupa na određeno vreme.

Zakon o planiranju i izgradnji ne predviđa šta se događa posle isteka ugovorenog zakupa, kakva je sudbina legalno izgrađenog objekta koji je svojina zakupca a kakva je sudbina zemljišta pod objektom.

Pravo zakupa na određeno vreme zakupac upisuje u teretnom listu lista nepokretnosti, jer je zakup teret na nepokretnosti. Kad zakupac izgradi trajni objekat, on se upisuje u vlasničkom listu kao svojina zakupca. Tako će u listu nepokretnosti država biti upisana kao vlasnik zemljišta, a zakupac će biti upisan kao vlasnik objekta, a njegovo pravo zakupa kao teret na nepokretnosti u teretnom listu. Očigledno je da je zakup građevinskog zemljišta prema Zakonu o planiranju i izgradnji, po svojoj sadržini i obimu u suprotnosti sa odredbama postojećih zakona koji regulišu ovaj institut.

Pravo svojine na gradskom građevinskom zemljištu imala je isključivo država sve do 2003. godine. Zakonom o planiranju i izgradnji iz 2003. godine predviđa se mogućnost uspostavljanja režima svojine na ostalom građevinskom ze-

mljištu u državnoj svojini, odnosno predviđa se mogućnost vraćanja u svojinu gradskog građevinskog zemljišta.

Međutim, Zakonom se ne dozvoljava vraćanje u privatnu svojinu svog gradskog građevinskog zemljišta. Nije dozvoljeno vraćanje u svojinu zemljišta koje je na osnovu zakona određeno kao gradsko građevinsko zemljište u državnoj svojini. To je ono zemljište koje je nacionalizovano do 1975. godine na osnovu Zakona o nacionalizaciji najamnih zgrada i građevinskog zemljišta¹² i Zakona o određivanju građevinskog zemljišta u gradovima i naseljima gradskog karaktera¹³, u stručnoj javnosti poznat kao "mala nacionalizacija". Oni i dalje ostaju korisnici zemljišta. Ponovo se raniji vlasnici nacionalizovanog zemljišta stavljaju u nepovoljniji položaj.

Prema članu 79. Zakona o planiranju i izgradnji na zemljištu koje je kao gradsko građevinsko zemljište određeno odlukom skupštine opštine, odnosno grada, može se uspostaviti režim svojine koji je bio pre stupanja na snagu odluke o određivanju tog zemljišta za gradsko građevinsko. Imajući u vidu da je opština dobila nadležnost da odlukama proglašava zemljište za gradsko građevinsko zemljište Zakonom o građevinskom zemljištu iz 1975. godine, to znači da se može vratiti u svojinu samo zemljište koje je posle 1975. godine proglašeno za gradsko građevinsko. Zemljište se vraćalo u svojinu na zahtev ranijeg vlasnika, odnosno njegovog pravnog sledbenika, u postupku koji je vođen pred nadležnom opštinskom upravom.

Zakon o planiranju i izgradnji iz 2003. godine zadržava pravo korišćenja a uvodi zakup na određeno vreme i pravo svojine, tako da istovremeno postoje sva tri oblika stvarno-pravnih ovlašćenja na gradskom građevinskom zemljištu.

Očigledno je iz svega što smo naveli da država ne želi da se odrekne prava svojine na gradskom građevinskom zemljištu, pogotovo na zemljištu koje je nacionalizovano. Zakonom se proklamuje da građevinsko zemljište može biti u svim oblicima svojine, ali je dominantna državna svojina. Država i kad daje zemljište pravnim i fizičkim licima radi izgradnje objekata ne prenosi svojinu. Ona prenosi pravo trajnog korišćenja a od 2003. godine daje u zakup na određeno vreme a zadržava svoje pravo svojine.

Zakon o planiranju i izgradnji iz 2009¹⁴ konačno predviđa da država, odnosno opština, može otuđiti građevinsko zemljište, odnosno dati u svojinu fizičkim i pravnim licima radi izgradnje objekata.

¹² Sl, list FNRJ, br. 52/58.

¹³ Sl, glasnik RS, br. 32/68.

¹⁴ Sl. glasnik RS, br. 72/2009... 132/2016.

Pravo trajnog korišćenja građevinskog zemljišta i pravo zakupa građevinskog zemljišta na određeno vreme postoji i dalje kao već stečeno pravo. Zakonom se uvodi mogućnost pretvaranja ovih prava u pravo svojine.

Osnovnim zakonom iz 2009. pretvaranje prava korišćenja i zakupa u pravo svojine nazivano je konverzija. Postojale su dve vrste konverzije: bez naknade i uz naknadu. Postupak konverzije bez naknade vodio se po zahtevu stranke pred nadležnim službama za katastar nepokretnosti.

Postupak konverzije uz naknadu vodio se pred nadležnim opštinskim upravama. Obavezni učesnici u ovom postupku su pored podnosioca zahteva nadležni pravobranilac, Republička uprava prihoda i Ministarstvo finansija.

Ranijim vlasnicima nacionalizovanog zemljišta prema osnovnom zakonu iz 2009. godine nije bila dozvoljena mogućnost da svoje pravo korišćenja konvertuju u pravo svojine. Izmenama i dopunama zakona iz 2014. godine i njima će se priznati ovo pravo. Izraz konverzija je zamenjen izrazom pretvaranje. S obzirom da se pretvaranje prava korišćenja i prava zakupa vrši po pojedinačnim zahtevima korisnika odnosno zakupaca i danas u službama za katastar nepokretnosti postoje upisana, pored prava svojine i prava korišćenja i prava zakupa na građevinskom zemljištu.

Osnovna karakteristika pravnog režima gradskog građevinskog zemljišta je da se on reguliše zakonima o građevinskom zemljištu, odnosno zakonima o planiranju i izgradnji.

Kako smo već napomenuli, Zakonom o građevinskom zemljištu iz 1975. godine jasno je proklamovano da se osnove svojinsko-pravnih i drugih stvarno-pravnih odnosa na građevinskom zemljištu reguliše ovim Zakonom. Na ovaj način je pitanje svojine i drugih stvarnih prava na građevinskom zemljištu neprirodno "izmešteno" iz materije građanskog, odnosno stvarnog prava i prebačen u sferu upravnog prava.

Komisija za izradu Građanskog zakonika u izveštaju o otvorenim pitanjima iz 2007. godine u petom delu pod nazivom "Stvarno pravni odnosi" konstatuje sledeće:

"Kad je reč o Stvarnom pravu treba reći da je ta oblast u znatnoj meri zastavljena kada je reč o zakonskom uređenju. Ne samo što je Zakon o osnovnim svojinsko-pravnim odnosima donesen docnije (1980. godine) u poređenju sa zakonima kojima su uređeni porodičnopravni odnosi, nasleđivanje, kao i obligacioni odnosi, nego je i iznenađujuća šturost zakonskih odredaba doprinela utisku o nedorađenosti i zanemarenosti ovog dela Građanskog prava."

A takvo stanje po našem mišljenju je posledica već pomenutog neprirodnog izmeštanja.

Sledeća bitna karakteristika je da se sticanje i zaštita svojinsko-pravnih i stvarno-pravnih ovlašćenja na građevinskom zemljištu sprovodi u upravnom postupku i eventualno u upravnom sporu ukoliko je dozvoljen.

U upravnom postupku država preko mesno nadležnih organa uprave odlučuje o pojedinačnim pravima i obavezama fizičkih i pravnih lica.

Tako država daje i ukida pravo trajnog korišćenja građevinskog zemljišta, daje građevinsko zemljište u zakup na određeno vreme i ukida to pravo, odlučuje o pretvaranju prava korišćenja i prava zakupa u pravo svojine na građevinskom zemljištu. O pravu građenja, uspostavljanju službenosti, zaštiti susedskih prava na građevinskom zemljištu, takođe odlučuje država u upravnom postupku, odnosno u postupku izdavanja građevinske dozvole. Iako je izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji iz 2014. godine dozvoljeno postojanje prava svojine na gradskom građevinskom zemljištu i dalje o ovim pravima odlučuju organi uprave u upravnom postupku. Ovom treba dodati i činjenicu da je ukidanjem zemljišnih knjiga i upis prava na nepokretnosti prešao na organe uprave, pa eventualne sporove oko upisa prava na nepokretnosti rešavaju upravni organi.

“Uprava je organizovana prema načelu subordinacije i upravni organi su dužni da se pridržavaju uputstva i naloga nadređenog upravnog organa. Otuda u poređenju sa sudovima, uprava pruža manje garancije da će sporovi u oblasti imovinskih odnosa biti rešeni nepristrasno.

Prilikom rešavanja sporova upravnim organima se uvek nalazi pred očima državni interes. Otuda i postoji bojazan da bi i eventualne sporove u oblasti imovinskih odnosa mogli rešavati u skladu sa tim interesom. Ovakav postupak upravnih organa pogotovu se može očekivati pri uređivanju odnosa i rešavanju sporova oko svojine između državne vlasti i pojedinca. Ne treba gubiti iz vida da je tada jedna od strana u sporu država, koja je nadređena vlast upravnom organu i čijem uticaju on nije uvek u mogućnosti (a ponekad nije ni sklon) da se odupre.”¹⁵

Na kraju bismo mogli da zaključimo da se država teško odriče svog prava svojine na građevinskom zemljištu. Kada to dozvoli, ona pokušava da zadrži svoj uticaj preko organa uprave koji odlučuju o pravu svojine na građevinskom zemljištu.

Proklamovano načelo prava privatne svojine na građevinskom zemljištu može da bude ostvareno samo ako se pravo svojine na građevinskom zemljištu izjednači sa pravom svojine na drugim nepokretnostima i da se pravni režim građevinskog zemljišta uređuje u okviru građanskog, odnosno stvarnog prava.

¹⁵ Miodrag Orlić, Uvođenje i obnavljanje zemljišnih knjiga-zemljišne knjige i jedinstvena evidencija-zbornik referata i zakonskih tekstova-anali Pravnog fakulteta u Beogradu 2003. god.

MIRJANA VULIĆ

Judge, Administrative court, Belgrade

THE RIGHT OF PROPERTY ON THE BUILDING SITE

Summary

The proclaimed principle of the building land private property can be carried out if the right of property is equal in the extent and content to the one on other immovables as well as that all the other rightholders (the state, legal entities and individuals) have the same legal protection. The legal regime of the building land should be laid out within civil law and property law and the administrative authority's volition on building land as a specific immovable should be brought to the minimum.

JASMINA VUKOTIĆ

PRAVNA PRIRODA I SADRŽINA PRAVA GRAĐENJA PO PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije¹ uvodi u naš pravni sistem pravo građenja kao novo stvarno pravo, koje je postoji dugi niz godina u nemačkom, austrijskom i švajcarskom pravu, a kasnije je prihvaćeno i u drugim pravima po ugledu na zakonodavstva ovih zemalja.

Shodno odredbama Prednacrt pravo građenja je definisano kao vremenski ograničeno stvarno pravo imaoca da na tuđem zemljištu bude sopstvenik postojeće zgrade ili da izgradi novu zgradu i stekne na njoj pravo svojine. Pravo građenja ima za predmet zgradu ili drugu građevinu iznad ili ispod površine tuđeg zemljišta, a obuhvata i upotrebu tuđeg zemljišta ispod ili iznad zgrade, kao i zemljišta koje služi korišćenju zgrade.² Iz pomenutog određenja prava građenja proizilazi da se ovo pravo može konstituisati samo na tuđem zemljištu³, te da za predmet

Dr Jasmina Vukotić, docent Univerziteta Privredna akademija Novi Sad.

¹ Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, radni tekst - Prednacrt, dostupno na adresi: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>, 18.5.2016., čl. 2019-2042.

² Vid. čl. 2019 st. 1-3 Prednacrt.

³ Što znači da u našem pravu (ako i kada Prednacrt postane pozitivno pravo) nije moguće osnovati pravo građenja na svom zemljištu, kao što je to slučaj u nemačkom pravu. U § 1 st. 1

može imati građevinu iznad ili ispod površine zemljišta i to kako već postojeću građevinu, tako i onu koja će tek biti izgrađena od strane imaoa prava građenja, na kojoj on stiče pravo svojine. Već iz definicije prava građenja se vidi njegova dvostruka pravna priroda jer ono sa jedne strane predstavlja stvarnopravno opterećenje tuđe nepokretnosti (zemljišta), a sa druge strane predstavlja posebno vremenski ograničeno stvarno pravo njegovog imaoa da na tom zemljištu ima zgradu odnosno građevinu⁴ u svojini. U momentu osnivanja prava građenja zgrada odnosno građevina koja je predmet prava građenja može ali ne mora da postoji. Ako je u pitanju postojeća građevina u trenutku osnivanja prava građenja imalac prava građenja postaje sopstvenik iste odnosno stiče pravo svojine na njoj, a ako građevine nema onda on u tom trenutku stiče pravo da građevinu sagradi i da na njoj stekne pravo svojine. I u jednom i drugom slučaju građevina postaje sastavni deo prava građenja i neodvojivo je povezana sa njim. Trajanje prava građenja shodno Prednacrta ograničeno je na sto godina, s tim što imalac prava građenja i sopstvenik poslužnog zemljišta mogu u svakom trenutku ugovoriti nastavljanje prava građenja za novo razdoblje, najduže do sto godina.⁵

PRAVNA PRIRODA PRAVA GRAĐENJA

Shodno odredbama Prednacrta pravo građenja je posebno stvarno pravo i to ograničeno stvarno pravo koje ovlašćuje njegovog imaoa da na tuđem zemlji-

nemačke Uredbe o naslednom pravu građenja - *Verordnung über das Erbbaurecht vom 15.01.1919 - ErbbauVO, Reichsgesetzblatt - RGBl, I S. 72*, ber. S. 122, poslednji put izmenjen kroz Zakon od 1.10.2013, *Bundesgesetzblatt - BGBl, I S. 3719 3726*, je predviđeno da jedna nepokretnost može biti opterećena na taj način da onome u čiju korist je opterećenje ustanovljeno pripada otuđivo i nasledivo pravo da na ili ispod površine nekog zemljišta odn. nepokretnosti ima građevinu. Mogućnost osnivanja sopstvenog prava građenja predviđena je i u hrvatskom pravu i u pravu BiH. U čl. 280 st. 1 hrvatskog Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima - *ZV, Narodne novine RH*, br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, je pravo građenja definisano kao ograničeno stvarno pravo na nečijem zemljištu koje ovlašćuje svoga nositelja da na površini toga zemljišta ili ispod nje ima vlastitu zgradu, a svagdašnji vlasnik toga zemljišta dužan je to trpjeti. Za pravo BiH Vid. čl. 286 st. 1 Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, *Službeni glasnik Republike Srpske*, br. 124/08 i 95/11 i čl. 298 st. 1 Zakona o stvarnim pravima FBiH, *Službene novine Federacije BiH*, br. 66/13 i 100/13.

⁴ U čl. 2019 st. 1 Prednacrta se koristi pojam zgrade za predmet prava građenja, a u st. 3 istog člana koristi se pored zgrade i pojam građevina. S obzirom da je pojam građevine širi od pojma zgrade u daljem tekstu ćemo koristiti pojam građevina kada budemo govorili o predmetu odnosno sastavnom delu prava građenja (osim ako se neke odredbe Prednacrta odnose isključivo na zgradu) zato što pravo građenja sadrži u sebi ovlašćenje da se ima u svojini građevina kako na površini, tako i ispod površine zemljišta.

⁵ Vid. čl. 2033 Prednacrta.

štu ima u svojini kako već postojeću građevinu i tako i građevinu koju će imalac sagraditi nakon osnivanja prava građenja. Osnivanjem prava građenja na tuđem zemljištu pravo svojine na građevini je odvajanje od prava svojine na zemljištu opterećenom pravom građenja, čime se u odnosu između građevine i zemljišta opterećenog pravom građenja odstupa od pravila *superficies solo cedit*, koje pravilo potiče još iz rimskog prava i po kome sve što je sagrađeno i što se nalazi na zemljištu predstavlja njegov sastavni deo.⁶

Međutim, načelo *superficies solo cedit* nije povređeno u odnosu između prava građenja i prava svojine na građevini odnosno postoji pravno jedinstvo između prava građenja i prava svojine na građevini jer su bez prava građenja ne može postojati ni pravo svojine na građevini, a imalac prava građenja je sopstvenik građevine izgrađene na osnovu prava građenja, koja predstavlja sastavni deo prava građenja. Pravo građenja preuzima ulogu nepokretnosti u odnosu na građevinu koja je njegov predmet, odnosno stvara se fikcija da bi se održalo pravno jedinstvo nepokretnosti.

U Prednacrta nije izričito navedeno da pravo građenja predstavlja nepokretnost u pravnom smislu,⁷ ali u odredbama koje regulišu osnivanje odnosno sticanje prava građenja navedeno je da se za pravo građenja otvara poseban zemljišnoknjižni uložak u koje se vrši njegov upis kao posebnog zemljišnoknjižnog tela po službenoj dužnosti nakon upisa u teretni list zemljišnoknjižnog uložka poslužnog zemljišta,^{8,9} iz čega proizilazi da i Prednacrt posmatra pravo građenja kao nepokretnost u pravnom smislu, koja zajedno sa građevinom kao njenim sastavnim delom predstavlja pravno jedinstvo. Takođe, Prednacrt predviđa da se na prenos prava građenja na odgovarajući način primenjuju pravila o prenosu prava svojine na nepokretnosti na osnovu ugovora.^{10,11}

⁶ Blíže o načelu *superficies solo cedit*, odstupanjima od ovog načela, te o ustanovama koje su prethodile pravu građenja Vid. Petar Simonetti, *Rasprave iz stvarnog prava*, Rijeka 2001, 203-223, kao i Petar Simonetti, "Pravo imati zgradu na tuđem zemljištu (od ustanova koje prethode rimskom superficiesu do prava građenja)", *Pravna riječ - časopis za pravnu teoriju i praksu*, 28/2011, 21-45.

⁷ Ovo je izričito urađeno u hrvatskom pravu i u pravu BiH. Za hrvatsko pravo Vid. čl. 280 st. 2 ZV, a za pravo BiH Vid. čl. 286 st. 2 Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske i čl. 298 st. 2 Zakona o stvarnim pravima FBiH.

⁸ Vid. čl. 2026 st. 1 Prednacrta.

⁹ Takođe, shodno odredbama čl. 83 Zakona o državnom premeru i katastru - ZDPK, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2009, 18/2010, 65/2013, 15/2015 i 96/201, opšti uslovi za upis stvarnih prava u katastra nepokretnosti su postojanje upisane nepokretnost, upisanog prethodnika i isprave za upis.

¹⁰ Vid. čl. 2029, st. 4 Prednacrta.

¹¹ Nasuprot tome u nemačkom pravu je izričito predviđeno da se na pravo građenja shodno primenjuju odgovarajuće odredbe koje se odnose na nepokretnosti, kao i one odredbe o prigo-

Imajući u vidu da je pravo građenja nasledivo i prenosivo pravo, te da imalac prava građenja ima pravo svojine na građevini koja je sastavni deo prava građenja, imalac prava građenja može preneti ovo svoje pravo svojine na drugo lice, zajedno sa pravom upotrebe i uživanja na poslužnom zemljištu, a takođe može prenositi i etažne i suvlasničke delove u zgradi sa odgovarajućim pravima na zajedničkim delovima zgrade.¹²

Pravo građenja ima dvostruku pravnu prirodu, sa jedne strane ono predstavlja stvarnopravno opterećenje zemljišta na kome je osnovano i kao takvo se upisuje u teretnom listu zemljišnoknjižnog uloška u koji je upisano opterećeno zemljište^{13,14}, a sa druge strane predstavlja posebno i ograničeno stvarno pravo za koje se otvara poseban zemljišnoknjižni uložak u koji se pravo građenja upisuje kao posebno zemljišnoknjižno telo¹⁵ tj. ono se tretira kao da je nepokretnost iako to faktički nije. Postojanje ove fikcije dovodi do toga da je pravo građenja neodvojivo od građevine koja već postoji ili je izgrađena na osnovu prava građenja, a posmatrano u odnosu na zemljište na kome je osnovano ono predstavlja ograničenje prava svojine vlasnika tog zemljišta.

vorima koji su vezani za pravo svojine, sem izričito navedenih odredaba BGB-a (merodavne odredbe za nastanak prava, njegovu promenu i prestanak su odgovarajuće odredbe BGB-a koje se odnose na prava, a ne one koje se odnose na nepokretnosti). Vid. § 11 ErbbauVO, kao i Nemački građanski zakonik - Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 - BGB, *RGBl*, S. 195, Neubekanntmachung vom 2. Januar 2002, *BGBI*, I S. 42, ber. S. 2909, 2003 I S. 738, poslednje izmene od 24. maja 2016, *BGBI*, I S. 1190 1216.

¹² Ukoliko zgrada nije izgrađena imalac prava građenja tada prenosi na pribavioca ovlašćen je da se zgrada zida ili da se dovrši, naravno zajedno sa pravom upotrebe i uživanja poslužnog zemljišta. O prenosu prava građenja Vid. čl. 2029 Prednacrta.

¹³ Shodno odredbama čl. 2025 Prednacrta pravo građenja se najpre upisuje u teretni list zemljišnoknjižnog uloška u koji je upisano poslužno zemljište kao obaveza svagdašnjeg sopstvenika tog zemljišta, za šta je potrebna njegova izrečna izjava da pristaje na upis (*clausula intabulandi*), a ako je na poslužnom zemljištu bilo drugih stvarnih prava, potreban je i pristanak njihovih imalaca.

¹⁴ Prednacrt nije regulisao pitanje da li pravo građenja ima prioritet nad drugim teretima na poslužnom zemljištu, kao što je to učinjeno u nemačkom i u austrijskom pravu. U austrijskom pravu pravo građenja ima prvenstveni rang i njemu ne može prethoditi založno pravo ili neko drugo opterećenje koje je usmereno na unovčenje opterećene nepokretnosti. Takođe, u nemačkom pravu pravo građenja se upisuje na opterećenoj nepokretnosti na prvom mestu pre svih drugih opterećenja i njegov rang se ne može menjati.

¹⁵ U čl. 2026 Prednacrta je predviđeno da se nakon upisa prava građenja kao tereta na poslužnom zemljištu, za njega otvara po službenoj dužnosti poseban zemljišnoknjižni uložak u koji se ono upisuje kao zemljišnoknjižno telo. U list "b" tog uloška upisuju se ime imaoca prava građenja i bitne odredbe ugovora o osnivanju koje čine njegovu ugovornu sadržinu i koje proizvode pravna dejstva kako prema pribaviocima prava građenja, tako i prema pribaviocima poslužnog zemljišta, dok se u teretni list upisuju tereti na pravu građenja.

Pravna priroda prava građenja je na isti način određena i u nemačkom i u austrijskom pravu. Shodno § 1 st. 1 nemačke Uredbe o naslednom pravu građenja - ErbbauVO jedna nepokretnost može biti opterećena na taj način da onome u čiju korist je opterećenje ustanovljeno pripada otuđivo i nasledivo pravo da na ili ispod površine nekog zemljišta odn. nepokretnosti ima građevinu. U austrijskom pravu pravo građenja je regulisano u Zakonu o pravu građenja - BauRG od 1912. godine¹⁶ i u § 1 ovog zakona isto je definisano kao stvarno, otuđivo i nasledivo pravo da se ima građevina na ili ispod površine tuđe nepokretnosti. U švajcarskom pravu pravo građenja je uređeno u čl. 779 i 779 a-l Švajcarskog građanskog zakonika - ZGB¹⁷, u tom smislu da ono predstavlja vrstu službenosti koja ovlašćuje njegovog imaoa da ima samostalnu građevinu na ili ispod površine zemljišta, što ima za posledicu da su svojina na građevini i svojina na zemljištu razdvojene, a pravo građenja kao samostalna službenost može da se ustanovi kako u korist povlasne nepokretnosti, tako i u korist određenog lica. Ukoliko je pravi građenja samostalno i trajno onda se ono može, ali ne mora, upisati u zemljišnu knjigu kao da je nepokretnost.¹⁸ Ukoliko nije drugačije ugovoreno pravo građenja u švajcarskom pravu je prenosivo i nasledivo.¹⁹

Pravo građenja kao i superficijarno pravo, koje postoji u Italiji i u Francuskoj²⁰, pravno razdvaja zemljište od građevine koja je na njemu izgrađena s obzirom da pravo svojine na građevini pripada jednom licu, a pravo svojine na zemljištu drugom. Međutim, razlika je u tome što kod superficijalnog prava građevina je predmet posebnog prava svojine u odnosu na zemljište, dok je kod prava građenja ona sastavni deo jednog posebnog stvarnog prava koje se osniva na opterećenju nepokretnosti - prava građenja, koje kao pravna nepokretnost stupa na me-

¹⁶ Austrijski zakon o pravu građenja - Baurechtsgesetz vom 26. April 1912 - BauRG, *RgBl*, br. 86/1912, *BGBI*, br. 403/1977, 258/1990, *BGBI I*, br. 111/2010 i 30/2012.

¹⁷ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 - ZGB (Stand am 1. April 2016), dostupno na adresi: <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19070042/index.html#a80>, 25.5.2016.

¹⁸ Vid. Peter Tuor *et alia*, *Das schweizerische Zivilgestzbuch*, Schulthess, 2002, 960.

¹⁹ U švajcarskom pravu pravo građenja izuzetno može biti i nesamostalno i kao takvo može biti ili stvarna službenost ili lična službenost (u kom slučaju nije prenosiva). Vid. Virgile Rossel, F.-H. Mentha, *Manuel du droit civil suisse, tome deuxième*, Lausanne, bez godine izdanja, 164-165.

²⁰ U austrijskom pravu postoji slična ustanova tzv. *Superädifkate* ili *Überbauten*, koji predstavlja pravo da se ima zgrada na tuđem zemljištu, koja nije sastavni deo zemljišta na kome je sagrađena već predstavlja predmet jednog posebnog prava svojine.

sto prirodne nepokretnosti, te između pravne nepokretnosti i građevine postoji pravno jedinstvo.^{21,22}

SADRŽINA PRAVA GRAĐENJA

Sadržina prava građenja shodno Prednacrtu nije fiksno određena i normirana. Pored normiranja ovlašćenja i obaveza imaoca prava građenja, te obaveza i prava vlasnika poslužnog zemljišta Prednacrt dopušta da se u sadržinu prava građenja uključe i druge odredbe koje se odnose na pravna dejstva i prostiranje prava građenja. Stoga, Prednacrt predviđa da pravo građenja ima kako zakonsku tako i ugovornu sadržinu.

Zakonska sadržina

Osnovno pravo imaoca prava građenja je da na građevini koja je predmet prava građenja ima pravo svojine, i to kako na već postojećoj građevini, tako i na novosagrađenoj na osnovu prava građenja. Građevina koja je predmet prava građenja može da se nalazi kako na površini, tako i ispod površine poslužnog zemljišta. Ukoliko na poslužnom zemljištu već postoji građevina imalac prava građenja ima pravo da je sruši postojeću građevinu ilio građevine i da sazida novu ili nove građevine umesto nje, s tim što se ugovorom o osnivanju prava građenja ovo pravo imaoca može isključiti.

Postavlja se pitanje da li i deo građevine može biti predmet prava građenja ili to može biti samo građevina ili više njih. U nemačkom pravu je nedopušteno ograničavanje prava građenja na deo zgrade posebno na jedan sprat.²³ U slučaju

²¹ Francuski građanski zakonik - *Code Civil* ne sadrži posebne odredbe o superficijarnom pravu, ali čl. 553 sankcioniše postojeće stanje tako što predviđa da se pretpostavlja da sve građevine, zasadi i sve što je urađeno na površini ili ispod površine zemljišta pripadaju vlasniku zemljišta, izuzev ako se suprotno ne dokaže, što znači da omogućava pravno razdvajanje zemljišta od građevine sagrađene na ili ispod njega. Od 1964. godine posebnim zakonom je uređena posebna ustanova *bail à construction*, koja predstavlja zakup zemljišta radi izgradnje zgrade, a od 1990. godine uvedena i ustanova *bail à rehabilitation*. Bliže o superficijarnom pravu u Francuskoj Vid. Petar Simonetti, "Pravo građenja u Republici Hrvatskoj", *Analni Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1-2/2004, 146-147.

²² U Italiji je u Građanskom zakoniku - *Codice civile* od 1942. godine uređeno superficijarno pravo kao ograničena vrsta stvarnog prava, tako da su zemljište i zgrada izgrađena u režimu superficijarnog prava posebne samostalne nepokretnosti. Vid. Ivan Belaj, "Od rimskog superficies do prava građenja", *Pravni vjesnik*, 1/2013, 127.

²³ Vid. st. 3 § 1 ErbbauVO. Međutim, u nemačkoj pravnoj teoriji postoje različita shvatanja o ovom pitanju. O tome Vid. Manfred Eberhard Rinne, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Minhen 2004, 1240-1243.

vertikalne podele zgrade shodno vladajućem mišljenju u nemačkoj pravnoj teoriji dopušteno je osnivanje prava građenja pod uslovom da je tako nastali deo zgrade samostalan i sposoban da bude predmet posebnog prava svojine. Takva zgrada mora imati najmanje jedan pregradni zid i mora imati svoj poseban ulaz odnosno prilaz.²⁴ Međutim, ovaj problem je rešen uvođenjem u nemačko pravo etažnog prava građenja (tzv. *Wohnungs-/Teilerbbaurecht*²⁵) shodno § 30 WEG²⁶. I u austrijskom pravu je predviđeno da se pravo građenja ne može ograničiti na fizički (realni) deo zgrade, kao što je npr. sprat, a shodno § 1 st. 3 BauRG. Međutim, moguće je da se pravo građenja podeli na idealne delove, a samim tim i građevinu kao njegov sastavni deo. Tim putem nastaje etažno pravo građenja (*Baurechts-WE*). Na građevini shodno § 6a BauRG nastaje etažna svojina (tzv. *Baurechtswohnungseigentum*).

Mišljenja smo da i u našem pravu shodno Prednacrtu predmet prava građenja može biti samostalna građevina ili više građevina, eventualno vertikalni deo građevine koji je osamostaljen i sposoban da bude predmet posebnog prava svojine. Što se tiče horizontalnih delova zgrade odnosno građevine na njima se ne može uspostaviti posebno pravo građenja, ali Prednacrt predviđa da imalac prava građenja može uspostaviti etažnu svojinu na sažidanoj odnosno podignutoj zgradi. U slučaju uspostavljanja etažne svojine svaki etažni vlasnik ima pravo vremenski ograničene svojine na posebnom delu zgrade, pravo nedeljive susvojine na zajedničkim delovima zgrade i pravo upotrebe i uživanja poslužnog zemljišta na kome je zgrada sagrađena zajedno sa drugim etažnim vlasnicima.²⁷ Uvođenjem etažnog prava građenja rešen je problem nemogućnosti osnivanja prava građenja na horizontalnom delu zgrade jer etažno pravo građenja ne predstavlja pravo građenja na delu grade već postoji jedinstveno pravo građenja na celoj zgradi, a imao prava građenja je dato pravo da na sažidanoj odnosno podignutoj zgradi uspostavi etažnu svojinu u korist različitih imalaca, sa svim ovlašćenjima koja imaju etažni vlasnici. Dakle, na zgradi koja predstavlja predmet prava građenja se uspostavlja režim etažne svojine, koji dogovara režimu etažne svojine kada zgrada nije podignuta na pravu građenja, sa tom razlikom što su prava svojine etažnih vlasnika ograničena rokom trajanja prava građenja.

²⁴ Vid. Manfred Eberhard Rinne, 1232.

²⁵ *Wohnungerbaurecht* se odnosi na stanove, a *Teilerbbaurecht* na druge zgrade koje ne služe za stanovanje.

²⁶ Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht vom 15.03.1951 (nemački zakon o etažnoj svojini i trajnom pravu stanovanja) - WEG, *BGBI*, I S. 173, 209, poslednje izmene od 5.12.2014, *BGBI*, I S. 1962.

²⁷ Vid. Prednacrt, čl. 2028.

Imalac prava građenja pored prava da bude sopstvenik na građevini koja predstavlja predmet prava građenja ima i pravo upotrebe tuđeg zemljišta ispod i iznad građevine, kao i zemljišta koje služi za njeno korišćenje. Vlasnik zemljišta na kome je ustanovljeno pravo građenja je pravom građenja lišen ne samo svojine na građevini koja predstavlja sastavni deo prava građenja već je dužan da trpi da imalac prava građenja upotrebljava i uživa njegovo zemljište ispod i iznad građevine i zemljište koje služi za korišćenje građevine.²⁸ Za upotrebu i uživanje poslužnog zemljišta imalac prava građenja plaća sopstveniku zemljišta naknadu po pravilu u mesečnim ili godišnjim iznosima.²⁹ Ovo je lična obaveza nosioca prava građenja, a nije stvarni teret nepokretnosti.³⁰

Postojanjem prenosivog prava upotrebe i uživanja opterećenog zemljišta pravo građenja se približava ličnim službenostima, posebno pravu plodouživanja (imalac prava građenja ima pravo upotrebe i uživanja poslužnog zemljišta), jer i jedno i drugo pravo predstavljaju opterećenje tuđe nepokretnosti u korist određenog lica, sa tom razlikom što je pravo građenja može prenositi i nasleđivati, a lične službenosti ne mogu. Pravo građenja ima kao sastavni deo građevinu, a lične službenosti nemaju, te ako na nekom zemljištu koje je opterećeno nekom ličnom službenošću postoji građevina ona ne predstavlja sastavni deo lične službenosti već pripada vlasniku zemljišta na kome je sagrađena. Takođe, lične službenosti ne mogu biti opterećene založnim pravom i drugim pravima, a pravo građenja može.

Prednacrt takođe predviđa da ako se pravo građenja odnosi na građevinu ispod poslužnog dobra, onda se način upotrebe zemljišne površine iznad građevine mora urediti ugovorom o osnivanju prava građenja. Iz ove odredbe proizilazi da pravo upotrebe i uživanja zemljišta iznad građevine može imati vlasnik zemljišta ili neko drugo lice jer vlasnik zemljišta može da ustanovi pravo građenja u korist jednog lica ispod površine zemljišta i u korist drugog lica iznad površine zemljišta.

Imajući u vidu svojstva prava građenja, koje predstavlja najšire opterećenje neke nepokretnosti, opterećena nepokretnost odnosno zemljište može biti opterećeno samo kao celina. Pravo građenja se ne bi moglo osnovati na idealnom delu

²⁸ Vid. Prednacrt, čl. 2019 st. 3 i 2027 st. 3.

²⁹ Vid. čl. 2032 st. 1 Prednacrt. Prednacrt takođe u st. 2 istog člana predviđa pravo sopstvenika zemljišta da zahteva od imaoca prava građenja da mu pruži odgovarajuće obezbeđenje u obliku hipoteke koje će teretiti pravo građenja za najmanje tri iznosa godišnje naknade za upotrebu i uzivanje poslužnog zemljišta.

³⁰ Nikola Gavella, Tatjana Josipović, Igor Gliha, Vlado Belaj i Zlatan Stipković, *Stvarno pravo*, svezak 2, Zagreb, 2007, 87; navedeno prema: Duško Medić, "Pravo građenja u pravu Republike Srpske", *Pravni život*, br. 10/2011, 469.

nepokretnosti, niti na njenom realnom delu³¹, a takođe ne može ni na posebnom delu nepokretnosti u etažnoj svojini.

Postavlja se pitanje da li će u našem pravu shodno Prednacrtnu biti moguće da se pravo građenja osnuje na već postojećem pravu građenja, kao što je to slučaj u nemačkom pravu. Imajući u vidu definiciju prava građenja koju daje Prednacrt proizilazi da to ipak ne bi bilo moguće jer je pravo građenja određeno kao ograničeno stvarno pravo imaoca na tuđem zemljištu, što znači da se pravo građenja može osnovati samo na tuđem zemljištu, a ne i na nekoj drugoj nepokretnosti.

Prednacrt predviđa zakonsko pravo preče kupovine, kako imaoca prava građenja, tako i sopstvenika poslužnog zemljišta, u slučaju da imalac prava građenja prodaje pravo građenja odnosno da vlasnik poslužnog zemljišta prodaje to zemljište, a sadrži i odredbu koja predviđa da sopstvenik poslužnog zemljišta može prodati poslužno zemljište ili na drugi način preneti pravo svojine na tom zemljištu na treće lice samo sa teretom prava građenja.³² Zakonsku sadržinu prava građenja čine i odredbe Prednacrta o trajanju, prestanku i pravnim dejstvima prestanka prava građenja.³³

Pravo građenja se shodno Prednacrtnu stiče na osnovu ugovora, testamentom, održajem i odlukom suda.³⁴ Iz ove odredbe proizilazi da se jedino u slučaju kada je ugovor osnov za sticanje prava građenja upis ima konstitutivno dejstvo za sticanje prava, a da u drugim slučajevima sticanja upis ima samo deklarativno dejstvo. U prilog ovoga je i odredba čl. 2023 Prednacrta koja predviđa da pribavilac stiče pravo građenja na osnovu punovažnog ugovora sa sopstvenikom poslužnog zemljišta upisom u zemljišnu knjigu. Sporno je da li u slučaju kada se pravo građenja osniva testamentom, testament predstavlja samo pravni osnov za upis ovog prava u javni registar ili i u tom slučaju upis ima samo deklarativno dejstvo, kao kada se sticanje vrši održajem i odlukom suda. Uređujući prenos prava građenja Prednacrt u čl. 2029 st. 4 predviđa da se na prenos prava građenja na odgovarajući način primenjuju odredbe koje regulišu prenos prava svojine na nepokretnosti na osnovu ugovora, pa se postavlja pitanje da li ova odredba može predstavljati osnov da se i prilikom sticanja prava građenja testamentom, koji predstavlja jednostrani pravni posao, pravo stiče tek upisom u nadležni javni registar, a ne u momentu sačinjavanja ovog pravnog posla ili u nekom drugom momentu koji prethodi upisu. Smatramo da bi Prednacrt trebao da bude jasniji u

³¹ Realni deo nepokretnosti pre osnivanja prava građenja na njemu mora biti osamostaljen tj. mora se izvršiti deoba ili otpis istog shodno propisima koji regulišu ova pitanja.

³² Vid. čl. 2031 i 2030 Prednacrta.

³³ Vid. čl. 2033-2039 Prednacrta.

³⁴ Vid. Prednacrt, čl. 2022.

tom pogledu i da izričito predvidi da se pravo građenja stiće na osnovu testamenta upisom u nadležni javni registar, jer iz sadašnjeg uređenja proizilazi da je upis konstitutivan za sticanje prava samo kada je osnov sticanja ugovor, a ne i kada je u pitanju neki drugi pravni posao koji nije ugovor. U hrvatskom pravu je izričito predviđeno da se pravo građenja može osnovati pravnim poslom vlasnika nepokretnosti koja se opterećuje (kako dvostranim, tako i jednostranim pravnim poslom, koji predstavljaju *titulus*, a upis osnov sticanja) i odlukom suda (u kom slučaju se primenjuju pravila o osnivanju službenosti odlukom suda).³⁵ Slično rešenje je prihvaćeno i u pravu BIH, gde se pravo građenja osniva na osnovu pravnog posla ili odluke suda.³⁶

Kada je ugovor osnov za sticanje prava građenja isti mora biti punovažan i zaključen u pisanoj formi i overen kod nadležnog organa.³⁷ Ugovor mora da sadrži u sebi pre svega saglasnost stranaka o osnivanju prava građenja i njegovom trajanju, a mora sadržati i podatke na osnovu kojih se može identifikovati poslužno zemljište³⁸, a može da sadrži i druge elemente, o čemu će više biti reči prilikom izlaganja ugovorne sadržine prava građenja. U nemačkom pravu ugovor o osnivanju prava građenja mora sadržati sve zakonske pretpostavke za osnivanje ovog prava, a u § 2 ErbbauVO je predviđeno šta može da predstavlja ugovornu sadržinu prava građenja.³⁹ ⁴⁰ U austrijskom pravu u BauRG su predviđeni obavezni elementi koje mora da sadrži ugovor o osnivanju prava građenja (*Baurechtsvertrag*), a u cilju da se osigura položaj nosioca prava građenja i da se omogućí da se ovo pravo optereti hipotekom radi obezbeđenja kredita.

³⁵ Bliže o osnivanju prava građenja u hrvatskom pravu Vid. Ivan Belaj, 129-130.

³⁶ O osnivanju prava građenja u pravu Republike Srpske Vid. Duško Medić, 472-475. Isti autor smatra da se pravo građenja može steći i na osnovu poverenja u zemljišne knjige ako je sticalac bio savestan, što predstavlja sticanje prava građenja na osnovu zakona, kao i građenjem na tuđem zemljištu.

³⁷ Nadležni organ za overu (solemnizaciju) nejavne isprave, među koje spada i ugovor o prometu nepokretnosti je javni beležnik. Vid. čl. 93 Zakona o javnom beležništvu, *Službeni glasnik* RS, br. 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015 i 106/2015.

³⁸ Ova obaveza proizilazi i iz čl. 66 ZDPK-a, koji reguliše načelo određenosti upisa i predviđa da sadržina svakog upisa u katastar nepokretnosti mora biti potpuno određena u pogledu nepokretnosti na koju se upis odnosi, vrste upisa, prava, odnosno druge činjenice koja se upisuje, kao i u pogledu subjekta upisa, redosleda prvenstva upisa i isprava na osnovu kojih je upis izvršen.

³⁹ To su npr. odredbe o izgradnji, popravci i održavanju građevine, o osiguranju građevine i njenoj ponovnoj gradnji u slučaju propasti, o snošenju privatnih i javnih dažbina, o ugovaranju prečeg prava za imaoca prava građenja u slučaju obnavljanja ovog prava nakon njegovog isteka i sl..

⁴⁰ Moguća ugovorna sadržina prava građenja je predviđena i u drugim odredbama ErbbauVO-a.

Ugovorna sadržina

Prednacrt ne definiše niti sadrži bliže određenje pojma građevine kao sastavnog dela prava građenja već samo navodi da ona može biti kako iznad tako i ispod površine zemljišta koje je opterećeno pravom građenja. U nemačkom pravu shodno vladajućem shvatanju u pravnoj teoriji i sudskoj praksi pod građevinom se podrazumeva nepokretna stvar nastala radom od donetog materijala koja je povezana sa zemljištem odnosno kojoj je osnova zemljište.⁴¹ Takođe, shodno pravilima koja regulišu upis u katastar nepokretnosti sadržina svakog upisa mora biti potpuno određena, između ostalog, i u pogledu nepokretnosti na koju se upis odnosi.⁴²

Prednacrt ostavlja pitanje određenosti građevine ugovornim stranama (imaocu prava građenja i vlasniku opterećenog zemljišta) da ga urede ugovorom kojim se osniva pravo građenja.⁴³ Ugovorne odredbe o pravnim dejstvima i prostiranju prava građenja, a posebno o nameni građevine, njenom položaju, strukturi, veličini i prostiranju, kao i o upotrebi neizgrađenog zemljišta koje služi građevini čine ugovornu sadržinu prava građenja. Odredbe ugovora o bližoj sadržini prava građenja, pored zakonske sadržine proizvode pravna dejstva prema trećim licima (kasnijim pribaviocima prava građenja i prava svojine na poslužnom zemljištu). Prilikom upisa u prava građenja u javni registar na zahtev podnosioca molbe za upis prava nadležni organ će staviti napomenu da su ugovorne odredbe sadržane u ugovoru kao pismenoj ispravi i izvršiti upućivanje na zbirku isprava.⁴⁴

Što se tiče upotrebe i uživanja poslužnog zemljišta Prednacrt sa jedne strane predviđa da imalac prava građenja ima prenosivo pravo upotrebe i uživanja na zemljištu koje je potrebno za korišćenje građevine, a sa druge strane ostavlja ugovornim stranama mogućnost da u ugovoru o osnivanju prava građenja⁴⁵ bliže odrede sadržinu upotrebe neizgrađenog zemljišta koje služi građevini. Iz ovoga proizilazi da je nesporno da imalac prava građenja ima pravo upotrebe i uživanja poslužnog zemljišta, ali se sam način i sadržina te upotrebe prepušta ugovornim stranama da je same odrede u ugovoru, a odredbe ugovora će imati pravno dejstvo prema trećim licima, u slučaju da su upisane u odgovarajući javni registar.

⁴¹ Vid. Manfred Eberhard Rinne, 1228 i fn. 17-22.

⁴² ZDPK, čl. 66.

⁴³ Pravo građenja se shodno Prednacrtu stiče na osnovu ugovora, testamentom, održajem i odlukom suda. Vid. Prednacrt, čl. 2022.

⁴⁴ Prednacrt, čl. 2024.

⁴⁵ Nakon nastanka prava građenja odnosno njegovog upisa u odgovarajući javni registar, to može biti ugovor o izmeni sadržine prava građenja.

Kada se posmatra obim prava imaoca prava građenja u odnosu na poslužno zemljište, najveći obim ovog prava je na onom delu zemljišta gde je izgrađena građevina koja je predmet prava građenja, zatim je nešto šiti na delu zemljišta na kome su izgrađeni ili se mogu izgraditi sporedni objekti, a najmanji obim je na onom delu zemljišta na kome imalac ima samo pravo upotrebe i uživanja radi korišćenja građevine.⁴⁶

Takođe, ugovornu sadržinu prava građenja shodno Prednacrta predstavlja i visina naknade za građevinu nakon prestanka prava građenja ili postupak i način na koji će se utvrditi njen iznos, ukidanje prava na naknadu i uspostavljanje ranijeg stanja, pod uslovom da je ugovor zaključen u pismenoj formi i overen kod nadležnog organa, a njegova sadržina upisana zabeležkom u javnom registru. Ovakve odredbe ugovora proizvode pravna dejstva i prema pravnim sledbenicima obe ugovorne strane.⁴⁷

Odredbe Prednacrta u pogledu ugovorne sadržine prava građenja su slične rešenju prihvaćenom u švajcarskom pravu. Naime, u švajcarskom pravu sadržina i obim prava građenja, kao što su položaj, oblik, veličina i namena građevine, kao i korišćenje neizgrađenih površina, proizilaze, shodno zakonskim odredbama, iz akta kojim se zasniva ovo pravo (najčešće ugovor), a odredbe tog akta su obavezujuće za pravne sledbenike kako imaoca prava građenja, tako i sopstvenika poslužnog zemljišta. Ostale ugovorne odredbe mogu biti predbeležene u zemljišnu knjigu, ukoliko se ugovorne strane o njima saglase.^{48 49} Obaveze koje shodno zakonskim odredbama imaju dejstvo i prema pravnim sledbenicima predstavljaju obaveze sa stvarnopravnim dejstvom, dok ostale ugovorne odredbe imaju dejstvo samo među ugovornim stranama. Odredbe o položaju, obliku, veličini i nameni građevine, kao i o trajanju i samostalnosti prava građenja predstavljaju sastavni deo sadržine službenosti i zasnivaju uvek prava i obaveze stvarnopravnog karaktera. Odredbe koje se tiču naknade koju duguje vlasnik poslužnog zemljišta imaoću prava građenja prilikom prestanka prava građenja, odredbe o vršenju zakonskog prava preče kupovine, te odredbe o prevremenom prestanku prava građenja i o zasnivanju založnog prava za obezbeđenje plaćanja naknade koju plaća imalac prava građenja vlasniku poslužnog zemljišta za zemljište su obaveze sa stvarno-

⁴⁶ Vid. bliže Duško Medić, 468.

⁴⁷ Vid. čl. 2040 Prednacrta.

⁴⁸ Vid. čl. 779b ZBG, kao i Peter Tuor, 961.

⁴⁹ Naravno, i u švajcarskom pravu ugovor mora obavezno da sadrži označenje i opis poslužne nepokretnosti, njeno opterećenje u obliku prava građenja kao vrste službenosti, vrstu prava građenja, kao i sadržinu (ovlašćenje nosioca prava građenja da na opterećenoj nepokretnosti ima ili sagradi građevinu i da na njoj stekne pravo svojine) i trajanje prava građenja.

pravnim dejstvom po zakonu.⁵⁰ Odredbe koje imaju samo obligacionopravni karakter i koje deluju samo između stranaka su npr. odredbe o naknadi za zemljište koju plaća imalac prava građenja vlasniku poslužnog zemljišta, odredbe o roku u kome će se građevina izgraditi, odredbe koje se tiču uslova izdavanja stanova sagrađenih u zgradi na osnovu prava građenja i sl..⁵¹

Sličnost Prednacrta u odnosu na rešenje prihvaćeno u švajcarskom pravu je u tome što se i u jednom i u drugom odgovarajuće ugovorne odredbe o sadržini prava građenja upisuju u javni registar i obavezuju pravne sledbenike, a postoji sličnost (ali ne i identičnost) i u pogledu toga šta treba da čini ugovornu sadržinu prava građenja (podaci o položaju izgledu, veličini i svrsi građevine i način korišćenja neizgrađene površine, ugovorno uređenje naknade koju duguje sopstvenik zemljišta imaocu prava građenja po prestanku prava). Nasuprot tome, u našem pravu shodno Prednacrta pravo građenja ne predstavlja vrstu službenosti već posebno ograničeno stvarno pravo i uvek je samostalno i trajno i uvek se upisuje u nadležni javni registar, a i šire je određena zakonska sadržina prava građenja nego u švajcarskom pravu.

ZAKLJUČAK

Pravo građenja shodno Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije ima dvostruku pravnu prirodu, sa jedne strane to je stvarnopravno opterećenje tuđeg zemljišta na kome se osniva, a sa druge strane posebno stvarno pravo koje njegovom imaocu daje ovlašćenje da na opterećenom zemljištu ima građevinu u svojini, koja predstavlja njegov bitan sastavni deo. Pravo građenja pravno razdvaja poslužno zemljište i građevinu sagrađenu na tom zemljištu, ali sa druge strane ono je neodvojivo povezano sa građevinom i prilikom prenosa na njega se primenjuju odredbe koje se odnose na prenos prava svojine na nepokretnosti, što znači da ovo pravo zamenjuje zemljište, te građevina iako je pravno odvojena od zemljišta na kome je sagrađena, nije predmet posebnog prava svojine već predstavlja sastavni deo prava građenja i od njega se ne može odvojiti. Prema tome, građevina je pravom građenja pravno odvojena od prirodnog zemljišta na kome je sagrađena, ali je istovremeno spojena sa pravom građenja. Nakon prestanka prava građenja, vlasnik poslužnog zemljišta stiže u svojinu građevinu koja je bila sastavni deo prava građenja, i po pravilu plaća primerenu naknadu za nju.

⁵⁰ Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Geiser, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*, Basel, Genf, München, 2003, 1470-1471.

⁵¹ *Ibid.*, 1471-1472.

JASMINA VUKOTIĆ, Ph.D.,
Assistant Professor, University Business
Academy Novi Sad

THE RIGHT TO BUILD ON THE PRELIMINARY DRAFT
OF THE CIVIL CODE OF REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The building lease is special real estate right, which entitles its holder to the property of the building. It represents on one hand a burden on property on which is founded, on the other hand it is special real estate right. The building lease is introduced into our legal system by Pre-draft Civil Code of the Republic of Serbia, having in mind the tradition of the other legal systems. According to the concept adopted in this Pre-draft the building lease may have as a subject an existing or future building above or below the soil surface and can be constituted only on somebody else's land, provided that the holder of the right shall acquire the right of ownership of the building. The building lease as limited real estate right burdened the right of ownership of the owner of the servient land, and on the other hand is inextricably linked to the building which represents its integral part. Because of its dual nature, it is first registered in the land register of encumbered real estate as its burden, and then opens for him a separate book or sheet, in which subsequently will be entered all changes relating to the building lease. After its termination, the land on which it was founded ceases to be burdened by such right and the owner of the land receives the building, usually by paying the appropriate fee for it.

DRŽAVINA U NACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA

– Neki primeri tradicije i inovacije –

Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije sadrži 2838 članova. Državinom se bave članovi 2176 do zaključno sa članom 2211, dakle 35 članova. U ovom članku prikazaću ukratko istorijski razvoj pravnog pojma državine od najstarijih vremena, preko Građanskog Zakonika Francuske, Srpskog Građanskog Zakonika, Opšteg Imovinskog Zakonika za Knjaževinu Crnu Goru, pa do Nacrta Građanskog zakonika Republike Srbije iz 2015. godine.

Državina je pravni institut sa dugom tradicijom još iz Rimskog prava. Tako u Gajevim Institucijama, Knjiga IV, stav 149. glasi: Et quidem *uti possidetis* interdictum de fundi vel aedium possessione reditur, **utrubi** vero de rerum mobilium possessione. U prevodu: Interdikt *uti possidetis* se izdaje radi zaštite državine zemljišta ili zgrada, a interdikt *utrubi* se izdaje radi zaštite državine na pokretnim stvarima.

Stav 151. kaže da se u vreme održaja ne računa samo lična državina nego i državina drugih, kao što je državina lica od koga je nasledio, kupio ili dobio kao miraz ili poklon.

Stav 153 određuje da državina postoji ne samo kada je drži držalac, nego i onda kada je drži neko u njegovo ime.

Stav 154. kaže da se izdaje interdikt za povraćaj državine ako je nekome silom oduzeta vlast nad stvari.

Durđe Ninković, advokat u Beogradu.

(Citirano prema knjizi "Gaj Institucije", izdanje NOLIT, prevod i predgovor Obrad Stanojević).

Dakle, u Rimskom pravu kada je u pitanju državina vršena je podjela na pokretne stvari i nepokretnosti. Postojala je neposredna i posredna državina. Takođe je državina bila zaštićena protiv samovlasnog oduzimanja stvari.

Francuski Građanski zakonik, Code Civil poznat kao "Code Napoleon" jer je izrađen pod budnim nadzorom i uz učešće Napoleona Bonaparte, u svome Članu 2228 daje definiciju državine:

"Art. 2228. La possession est la detention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom."

U prevodu na srpski: "Čl.2228. Državina je pritežanje ili uživanje neke stvari ili nekog prava koje mi vršimo sami ili preko drugoga koji je drži ili ga vrši u naše ime." Ovde nalazimo reč "chose" koja se prevodi kao "stvar" ("res" u latinskom jeziku) i može biti kako pokretna, tako i nepokretna stvar.

"Art. 2229. Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire."

U prevodu na srpski: "Da bi se mogla štititi državina treba da bude stalna i neprekinuta, mirna, javna i nesporna, i na ime vlasnika."

"Art. 2230. On est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre"

U prevodu na srpski: "Uvek se smatra da se drži za sebe i kao vlasnik dok se ne dokaže da je započeto da se drži za drugoga".

"Art. 2233. Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'opérer la prescription."

U prevodu na srpski: "Činom nasilja se ne može zasnovati državina podobna za nastupanje održaja."

Sledeći članovi Code Civil, sve do člana 2259. dakle 32. člana regulišu državinu.

(Citirano prema "Code Civil" izdanje Librairie Dalloz 1972-73, izbor i prevod sa francuskog jezika Đ. Ninković)

Srpski Građanski zakonik iz 1844. godine reguliše državinu u Drugoj glavi pod naslovom "O državini i pravu držanja" i to paragrafima 198 do 210.

Paragraf 198. SGZ glasi: "Kad jednu stvar držiš, i volje imaš zadržati je za sebe, i to zgodnim znakom označiš i pokažeš, ti si držalac ili pritežalac takve stvari."

Na srpskom jeziku reč "stvar" može biti jednako pokretna, kao i nepokretna. Međutim, već Paragraf 199. SGZ vrlo živopisno razvrstava stvari na pokretne i nepokretne i glasi: "Tako ćeš od pokretne stvari, kao novca, hrane, marve itd.

držalac ili pritežalac biti, kad to u rukama svojim imaš, u svojoj kesi, vreći, u kući itd. i to držiš kao svoje, i to će biti tvoja državina; od nepokretne pak stvari, kao kuće i kućišta, njive, livade, voćnjaka, vinograda, bašte, vodenice itd. onda si držalac ili pritežalac, kad zauzmeš, obeležiš, kad zagradiš, okrečiš, zasaдиш, izradiš itd.”

Srpski Građanski zakonik odvojeno govori o pravima, pa drugi stav Paragrafa 199. kaže: “Ako su stvari bestelesne, kao prava, onda ćeš držalac ili pritežalac biti, kad ih uživaš u svoje ime.”

Paragraf 200. SGZ glasi: “Državina onda je tvrda, i ima silu i važnost, kad je pravična tj. na pravu osnovana, koje će onda biti, kad tuđa prava s tim ostaju nevredima, niti se narušavaju.”

“Tako stvari koje nisu ničije, svaki slobodno i pravično zauzeti može. Ako li su stvari tuđe, bez volje onoga čije su, ili bez presude sudske, ili opredeljenja zakona, ne možeš ih zauzeti ni pravično držati.”

Paragraf 201. prvi stav SGZ glasi: “Kad jednu stvar pravično držiš, imaš prava držati je, i drugoga odbiti i isključiti.

Paragraf 201 SGZ.drugi stav glasi: “Ako li ti imaš pravo na državinu ili pritežanje, a drugi stvar drži, to silom nisi vlastan onoga iz državine izbiti i isključiti, nego ćeš od suda pomoći tražiti.”

Paragraf 202. SGZ glasi: “Gde se raspra o pravu na državinu digne, pa se sumnja rodi, onda se drži da je na onoga strani pravo, koji upravo stvar drži. Onaj kome to drago nije, i protivslavi, neka protivno dokaže.”

Paragraf 203. SGZ glasi: “Koji jednu stvar drži kao svoju, ne znajući da je tuđa, onaj pošteno misli, i jest pošten i savestan držalac ili pritežalac; koji pak zna ili po okolnostima doznati može da je ona stvar tuđa, i opet je ne pušta, onaj pošteno ne misli, i jest nepošten ili besavesstan držalac ili pritežalac.”

Paragraf 204. SGZ glasi: “Pri vraćanju i naknadi razlika se čini po zakonu između savesnog i besavesnog držaoca ili pritežaoца. Onaj, tj. pošteno misleći, vraća stvar, pa više ništa; za ono što je upotrebljavao, uživao, trošio ili potrošio stvar, nije dužan odgovarati; jer njemu pripadaju svi plodovi već sabrani, i sve druge uživane koristi za vreme svoga pritežanja; šta više, njemu pripada i naknada za trošak poradi obdržavanja i veće plodorodnosti učinjeni, u koliko je s tim cena iste stvari porasla. Preko toga takovi ima prava i na onu cenu, koju je za stvar dao, natrag zahtevati. Ovoga svega prizrenja besavesni pritežalac lišava se; jer on ne samo sve izgubljeno pokraj stvari naknaditi, no i onu korist, koju bi prvi pritežalac imati mogao, popuniti mora, po običnoj proceni veštaka.”

Paragraf 205. SGZ glasi: “Ako li je besavesni pritežalac još preko toga zabranjenim ili zločinim načinom na državinu tuđe stvari došao, onda će po onoj ceni, koju sam pritežalac iz osobita za sebe uvažavanja polagao bude, naknadu učiniti

dužan biti. U prizrenju pak osobitog troška za dobro stvari učinjenog smatraće se onaj, koji se bez naloga ili punomoćstva za tuđu stvar zauzeo.”

Paragraf 207. SGZ glasi: “Ako ko i savesno jednu stvar drži opet od onoga dana, kad je od pravog pritežaoца sudski na vraću opomenut, smatra se kao i besavesni pritežalac, i odgovara za sve kao i ovaj.”

Na pokretne stvari se odnosi Paragraf 208. SGZ koji glasi: “Gde god tvoju stvar nađeš i poznaš, možeš je natrag iskati, i tebi se tvoje vratiti mora. Ali silom da je ne uzimaš, osim ako nije na obrani ili na gonjenju. Inače, ako ti drugi ne pušta stvar, da ga sudom imaš naterati.”

Paragraf 209. SGZ pretežno se odnosi na pokretne stvari i glasi: “Kad se dva ili više njih prepiru o tome, kome državina stvari jedne pripada, do presude pričuvaće je sud, ili onaj čijim imenom kogod stvar drži.”

Najzad, Paragraf 210. SGZ glasi: “Kako stvar izgubiš ili ostaviš, tvoja državina prestaje. Ali pravo na to ne prestaje, no stoji, dokle god volja traje. Jer ako se stvar nađe, ili se takav na svoje vrati, opet državinu dobija, niti smeta, što upotrebljavao i uživao nije, osim slučaja zastarelosti.” Ovde se radi prvenstveno o pokretnim stvarima, osim reči:...”ili se takav na svoje vrati...” koje upućuju na nepokretnost.

Citirano prema “Građanski zakonik za Kraljevinu Srbiju”, izdanje Ivana D. Petkovića, sekretara Kasacionog suda u Beogradu, Beograd 1939. godine.

Opšti Imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru podeljen je u šest delova. Dio Prvi sadrži četiri razdela. Državina je regulisana Razdelom 4 pod naslovom “O držini ili posjedu” i sastoji se od osam članova. Odredbe ovih osam članova su dalje razrađene u Delu šestom pod naslovom: “Dio Šesti – Objašnjenja, određenja, dopune”, gde Razdio Prvi svojim članovima 811. do 830. govori o Držini ili posjedu.

Član 18. OIZ glasi: “Što god ko drži i voljan je da drži, zakon mu protiv svakoga štiti državu (812-814), kakva god ona bila, samo ako nije samovoljom dobiivena (818),

“Ko bi tvrdio da je nečija držina zlomislена (816, 817) ili nepravilna (820), i da on sam ima više prava držati stvar, sudski mu je put otvoren, ali je svako samovoljno smetanje ili oduzimanje držine strogo zabranjeno.”

Takođe i član 19. OIZ kaže: “Kome se god držina samovoljno smeta, sud će, čim zamoljen bude, priskočiti mu u pomoć i svako dalje smetanje zabraniti. Ako li je molilac već lišen držine, sud će narediti da mu se odmah povрати, ako se ne dokaže, da je on sam protivnoj strani stvar oteo ili inače samovoljno uzeo, ili kod sebe zadržao (818).”

Član 20. OIZ glasi: “U parnici o smetanju držine (821), sud postupa i odlučuje na brzu ruku, a i odluke se tako izvršuju, kao naredbe, što je god moguće skorije (822).”

Član 21. OIZ glasi: “Molba kojom se traži zaštita ili povraćaj držine, treba da se u sud dade najdalje za tri mjeseca, od kako je držina smetana ili oteta bila.”

Član 22. OIZ glasi: “Opšte je pravilo, da nezlomisljeni držitelj, kad treba da povrati ili inače drugome preda to što drži, niti vraća niti naknađuje plodove i dohotke koje je primio sa stvari, za sve vrijeme svoje nezlomisljene držine (823).”

“Oni plodovi pak koji još nijesu odvojeni od stvari s njome i idu.”

Član 23. OIZ glasi: “Zlomisljeni držitelj, na protiv, treba da povrati ili naknadi ove plodove, pa bili još na srijedi ili su već potrošeni; šta više, on treba da naknadi i one plodove i dohotke koje bi stvar bila dala, da je ostala pod rukom onoga kome pristoji.”

Član 24. OIZ glasi: “Ako je nezlomisljeni držitelj trošio na stvar koju vraća, primac treba da mu naknadi sve posebne troškove (824).

“On treba, takođe, da mu naknadi i sve korisne troškove (825), u koliko je od te koristi još što pri stvari ostalo u vrijeme povraćaja.

“Samohotni se troškovi (826) ne naknađuju ni samu nezlomislenu držitelju, ali je on vlastan sav taki prinov skinuti i natrag uzeti, u koliko je to moguće bez kvara stvari koju vraća (828).”

Član 25. OIZ glasi: “Zlomislenu se držitelju naknađuju samo potrebni troškovi. Ali, ako je na stvari koju vraća još što od prinova ostalo, pa bio taj prinov koristan ili samohotan, slobodno mu ga je skinuti kao i nezlomislenu držitelju; ipak, pod uvjetima koji se izlažu u člancima 24 i 828.”

Citirano prema: “Opšti Imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru”, izdanje 1980, redakcija Tomica Nikčević.

Nacrt Građanskog zakonika Republike Srbije sadrži 2838 članova. Državinom se bave članovi 2176 do zaključno sa članom 2211, dakle 35 članova.

Državina je definisana u članu 2176 Nacrta GZ pod naslovom “Državina stvari” i glasi:

“Državina je činjenična (faktička) vlast na stvari.”

Član 2177. stav prvi Nacrta GZ pod naslovom “Pretpostavka o svojini” glasi:

“Smatra se da je držalac pokretne stvari njen sopstvenik”.

A stav drugi:

“Smatra se da su prethodni držaoci imali pravo svojine na stvari u razdoblju u kome su bili njeni držaoci.”

Član 2178. Nacrta Građanskog zakonika pod naslovom “Predmet državine” glasi:

“Predmet državine mogu biti stvari na kojima može postojati pravo svojine ili neko drugo stvarno ili obligaciono pravo.”

Član 2179 Nacrta GZ pod naslovom “Neposredna i posredna državina” glasi:

“Državinu stvari ima svako lice koje neposredno vrši činjeničnu (faktičku) vlast na stvari (neposredna državina).

“Državinu stvari ima i lice koje činjeničnu vlast na stvari vrši preko drugog lica, kome je na osnovu plodouživanja, zakupa, čuvanja, posluge ili zaloge predalo stvar u neposrednu državinu (posredna državina).

“Ako u slučaju postojanja neposredne i posredne državine na istoj stvari neposredni držalac preda stvar u državinu trećem licu, onda i dotadašnji neposredni držalac ima u pogledu te stvari položaj posrednog držaoca.”

Član 2180 Nacrta GZ pod naslovom “Svojinska i izvedena državina” glasi:

“Lice koje se prema stvari ponaša kao sopstvenik, ima svojinsku državinu.

“Lice koje je dobilo stvar u neposrednu državinu (kao plodouživalac, zalogoprimalac, zakupac, ostavoprimalac ili poslugoprimalac) od svojinskog držaoca i priznaje njegovu višu faktičku vlast ima izvedenu državinu,”

Član 2181 Nacrta GZ pod naslovom “Državina prava stvarne službenosti” glasi:

“Državinu prava stvarne službenosti ima lice koje činjenično (faktički) upotrebljava nepokretnost drugog lica u obimu koji odgovara sadržini te službenosti.

“Na državinu prava stvarne službenosti shodno se primenjuju pravila o državini stvari.”

Član 2182 Nacrta GZ pod naslovom “Sudržavina” glasi:

“Više lica mogu imati državinu stvari ili prava (sudržavina).

“Oni mogu vršiti činjeničnu vlast na stvari zajedno ili naizmenično kao neposredni držaoci, ili tako što jedan od njih drži stvar (kao zakupac, i sl.) kao neposredni a ostali kao posredni držaoci, ili tako što posle izdavanja stvari u zakup nekom trećem licu, svi sudržaoci drže stvar posredno (a treći neposredno) ili na neki drugi način uređen njihovim sporazumom.”

Na tragu toga je član 2191 Nacrta Građanskog zakonika čija dva prva stava glase::

“Državina je zakonita ako se zasniva na punovažnom ugovoru koji je podoban za sticanje svojine.

“Državina je zakonita i kad se zasniva na sudskoj odluci ili na zakonitoj odluci drugog državnog organa.”

Prvi stav člana 2192 Nacrta GZ glasi:

“Državina je savesna ako držalac prilikom sticanja faktičke vlasti nije znao i nije mogao znati da stvar koju drži nije njegova.”

Član 2195. Nacrta GZ pod naslovom “Zabrana smetanja” glasi:

“Niko ne sme svojim postupcima samovlasno narušavati postojeću faktičku vlast držaoca stvari ili faktičko vršenje prava stvarne službenosti.”

Stav 1.člana 2196. Nacrta Građanskog zakonila pod naslovom “Sudska zaštita” kaže: “Držalac stvari ima pravo na sudsku zaštitu protiv svakog lica koje mu samovlasno oduzima stvar iz državine ili ga samovlasno uznemirava u u vršenju faktičke vlasti na stvari.”

Član 2200 stav 1 Nacrta GZ obezbeđuje zaštitu manljivoj državini sledećim rečima:

“Sud pruža zaštitu svakoj državini kao faktičkoj vlasti na stvari pa i onoj koju je držalac stekao silom, prevarom ili zloupotrebom poverenja, od pravog držaoca.”

Prvi stav člana 2201 Nacrta GZ glasi:

“Odlukom o zahtevu za zaštitu državine određuje se zabrana daljeg uznemiravanja državine pod pretnjom novčane kazne, odnosno vraćanja oduzete državine kao i druge mere potrebne za zaštitu od daljeg smetanja.”

Pri izradi Nacrta GZ često su unošene i alternative, pa i član 2201 ima alternativu koja glasi:

“Odlukom o zahtevu za zaštitu od smetanja državine sud utvrđuje činjenice da je tužilac imao stvar u državini i da je tuženi izvršio smetanje, naređuje da tuženi vaspostavi ranije stanje odnosno vrati oduzetu stvar i određuje zabranu istog ili sličnog smetanja u budućnosti pod pretnjom novčane kazne, kao i druge mere potrebne za zaštitu od daljeg smetanja.”.

Iz ovoga delimičnog pregleda odredbi o državini od Rimskog Prava, preko Francuskog Građanskog zakonika pa nadalje preko Srpskog Građanskog zakonika i Opšteg Imovinskog zakonika za Crnu Goru vidi se da postoji jedan kontinuitet koji je uspešno prenet u osavremenjenom obliku u Nacrt Građanskog zakonika.

Francuski Građanski zakonik radila je grupa najboljih francuskih pravnika sa početka devetnaestog veka uz veliku državnu potporu i pomoć. Sam Napoleon Bonaparta je prisustvovao velikom broju sednica radne grupe, i ne samo što je prisustvovao, nego je davao umesne i korisne predloge koji su više puta bili usvajani. Kada je posle poslednjeg poraza poslat na ostrvo Sveta Jelena on je rekao: “Sve moje pobeđe biće zaboravljene zbog poraza kod Vaterloa, ali moj Građanski Zakonik će ostati večita uspomena na mene.”

Razvoj građanskog prava teče od Gajevih Institucija u kojima su učinjeni prvi ozbiljni koraci u razjašnjenju određenih pravnih pravila koje sada nazivamo građanskim pravom, preko Justinijanovog kodeksa, zatim preko francuskog Code Civil, potom preko Austrijskog Građanskog zakonika koji je poslužio kao uzor Jovanu Hadžiću u izradi Srpskog Građanskog zakonika davne 1844 godine. Mada je Jovan Hadžić bio protivnik Vukovih reformi iz primera koje sam naveo vidi se da

njegovom jeziku nije nedostajala živopisnost i narodna izražajnost. Sama činjenica da je Srpski Građanski zakonik bio na snazi i u svakodnevnoj upotrebi čitavih sto godina, od 1844 do 1946, i da su mnoga pravna pravila iz toga Zakonika nastavila da se primenjuju sve do današnjeg dana dovoljno govori o uspešnosti poduhvata njegovog tvorca. Uostalom, nije neočekivano kada se ima u vidu da je Jovan Hadžić bio odlično obrazovan pravnik, da je poznao nekoliko svetskih jezika, da je bio svestran intelektualac, pisac proze i pesama i osnivač Matice Srpske.

Pogotovo treba imati u vidu da je Hadžić sam izradio tekst Srpskog Građanskog zakonika za dve i po godine, a da ta brzina nije umanjila vrednost njegovog teksta.

Sada dolazimo do velikana pravne nauke, istoričara narodnog prava i narodnih običaja kod Slovena i za života priznatog i cenjenog naučnika Valtazara Bogišića. Rođen u Cavtatu u srpskoj porodici brodovlasnika katoličke vere koja se doselila iz Konavla završio je pomorsku školu i trebalo je da postane kapetan. Međutim, njegov brod je pretrpeo brodolom i on je jedva ostao živ. Zbog toga se njegov otac predomislio i uputio ga da studira pravo.

Kao svršeni pravnik Valtazar se posvetio izučavanju istorije slovenskih pravnih običaja i došao je do zaključka da snaga zakona ne treba da ima korene u moći zakonodavca, nego da treba da izvire iz narodnog života i narodnih običaja. Na poziv Ruskog Cara prihvatio je katedru Istorije Slovenskih prava na Univerzitetu u Odesi 1870. godine. Knjaz Nikola, pametan i napredan vladar, odlučio je da u Crnoj Gori uvede savremeno zakonodavstvo, pre svega u imovinskoj i ugovornoj oblasti. Pošto u Crnoj Gori nije bilo obrazovanih ljudi doraslih ovome poduhvatu, Knjaz se 1872. godine obratio ruskom caru Aleksandru Drugom za pomoć... Car je pozvao Valtazara Bogišića i uz pristojnu platu naložio mu da pomogne Crnoj Gori u izradi zakona. Valtazar Bogišić je pristao, i pošto je i od Knjaza Nikole dobio dodatak na platu, posvetio se izradi Zakonika.

Prvi korak Bogišićev bila je izrada upitnika sa stotinak pitanja o narodnim običajima i pravnim shvatanjima koja je razaslao širom Crne Gore. Kada je prikupio odgovore on je došao do zaključka da su porodični i nasledni običaji još nedovoljno učvršćeni i nezreli za kodifikovanje, pa se odlučio da iz svoga zakonika izostavi pravila o porodičnim odnosima i nasleđivanju. Tako je, za razliku od svih onovremenih zakonika koji su bili tripartitni, dakle sadržali pravila o stvarnim pravima, oblgacijama i porodičnom pravu, on sačinio bipartitni zakonik bez porodičnog i naslednog prava.

Bogišićev rad na Zakoniku trajao je od 1872. do 1888. godine i pošto je on objavljivao rezultate svojih istraživanja i napredovanje svoga rada, privukao je pažnju pravnika iz celoga sveta. U isto vreme u carskom Japanu je započet rad na Građanskom zakoniku, pa je delegacija japanskih pravnika doputovala u Pariz i

čitave tri nedelje provela upoznavajući se sa Bogišićevim metodom rada i nacrtom teksta zakonika.

Zakonik je inaugurisan na Blagovijesti, 25. marta 1888. godine sa potpisom “Nikola” bez titule “Knjaz” koji je u uvodnoj reči naveo: “Ali tako izvanredno teško i zamašno poduzeće, pa i za svaku veliku državu, za Crnu Goru je bilo tim teže, što “Mi unaprijed odlučili bijasmo, da se u ovome zakonotvornom poslu, pored svih neophodnih obzira na podatke nauke i zakonodavne radnje drugih obrazovanih država, glavna pažnja obraća na narodne pojmove o pravdi i pravici, na običaje, predanja i na žive potrebe crnogorskog naroda. U takome se pravcu ova radnja i vršila.”

“A to je moguće bilo samo zato: što nam je Prejasna Imperatorska Kruna bracke Nam velike Rusije, u vazdašnjoj blagonaklonosti svojoj prema Crne Gore, izvolila preuzeti za ovu cijelj nužne znatne troškove. S druge strane, nama je za rukom pošlo, te nađosmo, ovome ogromnu i u mnogome obziru vrlo mučnu poduzeću, čovjeka i umom, i naukom, i energijom, i odanošću potpuno dorasla u osobi profesora Odeskog Univerziteta, pravoga državnog savjetnika g. dra. V. Bogišića, sina susjedne Nam dične dubrovačke oblasti. Njemu je u Bogu počivši Imperator Aleksandar Drugi premilostivo zapovidio, da ovu radnju lično na sebe primi, a Njegovo Veličanstvo sada sretno carstvujući Imperator Aleksandar Treći, da ju nastavi i dovrši.”

“Za ovo uprav carsko dobročinstvo, mi i sva Crna Gora ostajemo, i Caru Osloboditelju i Caru Zaštitniku Slovenstva i Pravoslavlja. za navijek blagodarni.”

Pošto se posle demokratskih promena u Srbiji osetila potreba za donošenjem savremenog Građanskog zakonika Vlada Republike Srbije donela je odluku o obrazovanju Komisije radi kodifikacije građanskog prava i izrade Građanskog zakonika objavljenu u Službenom glasniku RS broj 104/06, 110/06 i 85/09. Imalo se u vidu da je Srbija bila jedna od prvih zemalja koje su imale svoj Građanski zakonik koji je bio na snazi punih sto godina, a da ga početkom dvadeset prvog veka nema jer su ga revolucionarne vlasti ukinule 1946 godine, zajedno sa celokupnim do tada važećim pravnim sistemom.

Komisija je ubrzo započela sa radom i o napredovanju svoga posla redovno obaveštavala pravničku i drugu javnost knjigama kao što su “Rad na izradi Građanskog Zakonika Republike Srbije” iz 2007 godine, “Obligacioni odnosi” iz 2009, “Nasleđivanje” iz 2011, “Porodični odnosi” iz 2011, “Opšti deo” iz 2013. da bi ceo poduhvat bio krunisan izdavanjem radnog teksta “Građanskog zakonika Republike Srbije” krajem maja 2015. godine.

Kroz istorijski prikaz odredbi koje su regulisale državinu kroz vekove i afirmativni prikaz nekih rešenja koje nudi Nacrt Građanskog zakonika želim da kroz

uporedni način dam svoj doprinos i podstrek javnoj diskusiji koja će dovesti do konačnog teksta zakonika.

Na kraju, kao nekada Knjaz Nikola Ruskome Caru, mi možemo da zahvalimo Vladi Republike Srbije na podršci i preuzimanju “za ovu cijelj nuždnih znatnih troškova” ne zaboravljajući pritom GIZ i sve druge koji su pomogli ovu radnju.

LEGALIZACIJA BESPRAVNO IZGRAĐENIH OBJEKATA U SRBIJI

U V O D

Srbija se decenijama suočava sa sve većim brojem bespravno izgrađenih objekata. Taj trend je prisutan i nakon donošenja više zakona koji su bili usmereni na tzv. legalizaciju i sprečavanje dalje bespravne gradnje. Prema procenama stručnjaka, u Srbiji danas postoji oko oko milion i petstotina hiljada nelegalno izgrađenih objekata. Slična situacija je i u zemljama koje su nekada bile u sastavu SFR Jugoslavije¹. U njima je takođe doneto više zakona koji se odnose na pitanje legalizacije, ali je broj bespravno izgrađenih objekata i dalje velik. I druge evropske države se suočavaju sa istim problemima. Oni su posebno izraženi u Italiji,²

Sofija Nikolić, doktorand Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Za Hrvatsku vid. Bosiljka Britvić Vetma, *Ozakonjenje bespravno sagrađenih zgrada*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, v. 34, br. 1/2013, str. 115-138. Za Crnu Goru i Makedoniju, vid. Chrysi Potsiou, *Study on Illegally Built Objects and Illegal Development in Montenegro*, 2012, <http://www.kartverket.no/globalassets/om-kartverket/centre-for-property-rights/final-report-chryssy.pdf>, 04.07.2016. Za ostale države vid. *Challenges of regularization of informal settlements in South East Europe*, Overview of the relevant urban planning and legalization laws and practice, NALAS, 2011, <http://www.pur.rs/materials/publication/403%20Challenges%20of%20Regularisation%20ENGKekn.pdf>, 01.07.2016.

² O bespravnoj gradnji i pitanju legalizacije u Italiji vid. Ramacci Luca, *I reati edilizi, Disciplina, sanzioni e casistica*, Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 2012; Moroni Andrea, *I reati edilizi e le sentenze assolutorie. Con 124 quesiti risolti*, Maggioli S.p.A., Santarcangelo di Romagna, 2012, 15-65; Centofanti Nicola, Centofanti Paolo, *L'abusivismo edilizio. Sanzioni amministrative e penali*,

Grčkoj,³ Španiji i Portugaliji. U tim zemljama se takođe radi na legalizaciji bespravno izgrađenih objekata.⁴

Bespravna gradnja, njeni uzroci i posledice

Bespravna gradnja podrazumeva izgradnju, rekonstrukciju ili dogradnju objekata bez prethodno pribavljene građevinske dozvole/odobrenja za izgradnju kao i slučajeve odstupanja od dozvole prilikom izvođenja takvih radova. Nelegalnim objektima se smatraju i oni koji se koriste bez upotrebne dozvole. Proces legalizacije omogućuje naknadno izdavanje građevinske i upotrebne dozvole za navedene objekte, odnosno po terminologiji zakona koji trenutno važi u Republici Srbiji, dolazi do ozakonjenja bespravno izgrađenih objekata.

Uzroci koji su doveli do velikog broja nelegalno izgrađenih objekata su raznovrsni. U ovom kontekstu, navešćemo samo neke od njih koji su, čini se, najviše doprineli nastanku aktuelnih problema.

Potreba za brzim rešavanjem stambenih pitanja uz manjak finansijskih sredstava dovela je do građenja porodičnih kuća bez pribavljanja odgovarajućih dozvola za gradnju kao i izgradnje na zemljištu koje urbanističkim planovima nije bilo određeno kao građevinsko. Takav trend je naročito bio izražen tokom devedesetih godina XX veka kada je došlo do naseljavanja velikog broja ljudi iz ratom zahvaćenih područja. Za pribavljanje građevinske dozvole bilo je potrebno priložiti odgovarajuću (obimnu) dokumentaciju i platiti takse, što je ako se uzme u obzir visina naknade za uređenje građevinskog zemljišta predstavljalo znatan izdatak.⁵ Osim toga, za dobijanje građevinske dozvole je trebalo čekati i do godinu

Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 2015; Francesco Longobucco, *Circolazione di immobili abusivi e giusto rimedio civile*, Rivista Giuridica dell'Edilizia, Anno LVIII, Fasc. 5, Giuffrè Editore, S.p.A. Milano, 2015, 243-249.

³ O bespravnoj gradnji i legalizaciji u Grčkoj, vid. *Comparative Thoughts on German and Hellenic Urban Planning and Property Registration*, http://library.tee.gr/digital/m2267/m2267_mueller.pdf 03.07.2016.

⁴ Više o bespravnoj gradnji i legalizaciji vid. Christopher Edgar (Ed), *Self-made cities, In Search of Sustainable Solutions for Informal Settlements in the United Nations Economic Commission for Europe Region*, New York, Geneva, 2009, <http://www.unece.org/fileadmin/DAM/publications/oes/SelfMadeCities.pdf>, 01.07.2016.

⁵ Više o naknadi za uređenje građevinskog zemljišta vid. Boško Mijatović, Boris Begović, Marko paunović, *Reforma naknade za uređenje građevinskog zemljišta*, Centar za liberalno-demokratske studije, Beograd, 2007, http://www.clds.rs/newsite/aktivnosti_završeni_projekti_naknada-gr-zemljiste.html, 05.04.2016.

dana.⁶ Komplikovanost procedure i sporost u postupcima izdavanja građevinske dozvole značajno su doprineli povećanju broja nelegalnih objekata. Sagledavajući uzroke iz ugla nadležnih organa, odnosno njihovog uticaja na problem bespravne gradnje, pored navedenog možemo dodati i pitanje nepostojanje planskih dokumenata za pojedina područja iako su oni neophodni za izdavanje građevinske dozvole. Inspekcijski organi i njihov rad predstavljaju jedan od ključnih faktora u suzbijanju bespravne gradnje. Iamjući u vidu trenutani broj nelegalnih objekata i njihov stalni porast, može se zaključiti da kontrola nije sprovedena na odgovarajući način i u odgovarajućem obimu. Sve navedeno neopravdava odluku velikog broja lica da objekte grade bez prethodnog pribavljanja građevinske dozvole.

Pojavu nelegalne gradnje ne treba vezivati samo za građane i njihovo nepoštovanje propisa, jer su i sami državni organi postupali na sličan način. Postoji veliki broj objekata u vlasništvu države koji su izgrađeni bez građevinske dozvole ili se koriste bez upotrebne dozvole.⁷

Bespravna gradnja stvara mnogobrojne probleme. Građenje objekata suprotno urbanističkim planovima dovodi do stvaranja neuređenih naselja kojima nedostaje osnovna infrastruktura, koju je kasnije teško izgraditi jer često dolazi do uzurpacije površina koja su za to namenjene. Ukoliko se radi o već uređenom naselju, zabranjeno je priknjučivanje nelegalnih objekata na elektroenergetsku, gasovodnu, telekomunikacionu mrežu, mrežu daljinskog grejanja, vodovod i kanalizaciju.⁸ Pored navedenog postoje i mnogi drugi problemi koji utiču na svakodnevni život građana. Nelegalno izgrađeni objekti dovode do različitih imovinskih problema, naročito u oblasti prometa nepokretnosti.

Legalizacija bespravne gradnje u Srbiji

U Srbiji je do danas doneto šest zakona kojima je uređeno pitanje legalizacije.

⁶ O procedurama dobijanja građevinske dozvole u državama Evropske unije, vid. João Branco Pedro, Frits Meijer, Henk Visscher, *Comparison of building permit procedures in European Union countries*, COBRA 2011 – RICS Construction and Property Conference University of Salford, https://www.academia.edu/4073321/Comparison_of_building_permit_procedures_in_European_Union_countries_paper_, 04.06.2016.

⁷ Vid. Milanka Belić, *Naknadno izdavanje građevinske dozvole za objekte izgrađene iz sredstava budžeta Republike Srbije i prihoda drugih korisnika sredstava državne svojine*, Bilten Republičkog javnog pravobranilaštva, br. 2/2011, Beograd, 2011, 30-38.

⁸ Zakon o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 72/2009, 81/2009 - ispr., 64/2010 – odluka US, 24/2011, 121/2012, 42/2013 – odluka US, 50/2013 – odluka US, 98/2013 – odluka US, 132/2014 i 145/2014), čl. 160; Krivični zakonik, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 85/2005, 88/2005 - ispr., 107/2005 - ispr., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 i 108/2014, čl. 219b.

Zakon o posebnim uslovima za izdavanje građevinske, odnosno upotrebne dozvole za određene objekte. – Prvi zakon koji se odnosio samo na pitanje legalizacije bespravno izgrađenih objekata je Zakon o posebnim uslovima za izdavanje građevinske, odnosno upotrebne dozvole za određene objekte, donet 1997. godine.⁹ Njime je bila regulisana legalizacija objekata koji su izgrađeni ili rekonstruisani bez građevinske dozvole¹⁰ do 4. novembra 1995. godine.¹¹ Za naknadno dobijanje građevinske dozvole bilo je potrebno da se navedeni objekti mogu uskladiti sa urbanističkim i građevinskim uslovima.¹² Ukoliko to nije bilo moguće ili urbanistički plan nije bio donet, usledilo bi izdavanje privremene građevinske dozvole, pod uslovom da je objekat ispunjavao odgovarajuće zahteve u vezi sa stabilnošću, bezbednošću i higijensko-sanitarnom zaštitom.¹³

Popis i geodetsko snimanje bespravno izgrađenih objekata i onih koji su u izgradnji, bio je u nadležnosti opštinske, odnosno gradske uprave. Osnovni dokumenti koje je bilo neophodno priložiti uz zahtev za legalizaciju su: tehnička dokumentacija stvarnog stanja izgrađenog objekta, dokaz o pravu svojine ili korišćenja građevinskog zemljišta¹⁴, odnosno rekonstruisanog objekta, i dokaz o uređivanju međusobnih odnosa sa organizacijom koja uređuje građevinsko zemljište.¹⁵ Tehnička dokumentacija koju je bilo potrebno priložiti za dobijanje građevinske, odnosno upotrebne dozvole prema zakonu o legalizaciji bila je manjeg obima u odnosu na dokumentaciju za pribavljanje dozvola po redovnoj proceduri na osnovu

⁹ Zakon o posebnim uslovima za izdavanje građevinske, odnosno upotrebne dozvole za određene objekte (dalje: Zakon o posebnim uslovima), Službeni glasnik Republike Srbije, br. 16/97.

¹⁰ Zakonom je bilo regulisano i izdavanje upotrebne dozvole za objekte koji su bili izgrađeni na osnovu građevinske dozvole, ali su neznatno odstupali od dozvoljene spratnosti i gabarita.

¹¹ Datum stupanja na snagu Zakona o izgradnji objekata, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 44/95. Članom 60 Zakona o izgradnji objekata bilo je predviđeno da opštinska, odnosno gradska uprava u roku od 3 godine od stupanja na snagu navedenog zakona izvrši popis objekata koji nemaju građevinsku, odnosno upotrebnu dozvolu i da najkasnije u roku od 5 godina nakon proteka roka za popis preduzme mere za pokretanje postupaka za naknadno dobijanje dozvola, odnosno rušenje ukoliko nije bilo moguće dobiti odgovarajuću dozvolu. (Nakon donošenja Zakona o posebnim uslovima navedeni član je prestao da važi.)

¹² Zakon o posebnim uslovima, čl. 2.

¹³ Zakon o posebnim uslovima, čl. 3. Do privođenja zemljišta planiranoj nameni, odnosno donošenja urbanističkog plana, objekat je mogao biti korišćen na osnovu privremene građevinske dozvole. Na osnovu nje je moglo biti izvršeno priključivanje na vodovod, kanalizaciju i druge infrastrukture uz plaćanje naknade.

¹⁴ U čl. 9 Zakona o posebnim uslovima bilo je navedeno šta se smatra kao dokaz o pravu svojine, odnosno korišćenja zemljišta.

¹⁵ Navedeni dokumenti su, uz manja odstupanja, bili neophodni za legalizaciju bespravno izgrađenih objekata i prema kasnije donetim zakonima.

Zakona o izgradnji objekata.¹⁶ Takav način regulisanja, naravno, nije doprinio podsticanju legalne gradnje, već upravo suprotno.

Bespravno izgrađeni objekti su mogli biti srušeni. U zakonu su taksativno navedeni slučajevi u kojima je to moglo biti učinjeno.¹⁷ Ukoliko je objekat za koji je bila izdata privremena građevinska dozvola srušen radi privođenja zemljišta planiranoj nameni, vlasnik nije imao pravo na naknadu vrednosti objekta.¹⁸

Relativno mali broj objekata je legalizovan primenom navedenog zakona. Najveći problem koji se javio u praksi je bilo dokazivanje postojanja prava svojine, odnosno korišćenja na građevinskom zemljištu na kome je objekat bio izgrađen, što se odrazilo na broj pozitivno rešenih zahteva za legalizaciju.¹⁹

Zakon o planiranju i izgradnji (2003)

Legalizacija bespravno izgrađenih objekata je od 13. maja 2003. godine regulisana u okviru Zakona o planiranju i izgradnji.²⁰ U skladu sa njegovim odredbama vlasnik objekta izgrađenog, odnosno rekonstruisanog bez građevinske dozvole, bio je dužan da u roku od šest meseci od stupanja na snagu navedenog zakona prijavi nelegalan objekat opštinskoj, odnosno gradskoj upravi.²¹ Ukoliko to ne bi učinio u predviđenim rokovima, opštinska, odnosno gradska uprava je bila nadležna da donese rešenje o rušenju objekta.²² Zakonom o planiranju i izgradnji pitanje rušenja objekata je regulisano na fleksibilniji način u odnosu na prethodno važeći zakon, naročito imajući u vidu da su od rušenja bili izuzeti objekti izgrađeni do 13. maja 2003. godine, ako je za iste podneta prijava i zahtev za legalizaciju.²³

¹⁶ Borislav Čolić, *Postupak izdavanja građevinske i upotrebne dozvole prema Zakonu o posebnim uslovima za izdavanje građevinske, odnosno upotrebne dozvole za određene objekte, Pravo teorija i praksa*, vol. 14, br. 7, 1997, str. 45-46.

¹⁷ Detaljnije vid. Zakon o posebnim uslovima, čl. 15.

¹⁸ Zakon o posebnim uslovima, čl. 17.

¹⁹ Više o tome vid. Ruža Urošević, *Aktuelni problemi u legalizaciji bespravno izgrađenih objekata i sudska praksa*, Bilten sudske prakse Upravnog suda, Intermeks, Beograd, 2012, str. 73, 74.

²⁰ Zakon o planiranju i izgradnji (ZPI), Službeni glasnik Republike Srbije, br. 47/2003.

²¹ O proceduri i neophodnoj dokumentaciji vid. ZPI, čl. 160, 161.

²² Građevinski inspektor je takođe mogao doneti rešenje o rušenju ako je u toku izgradnja objekta ili je on izgrađen bez odobrenja za gradnju. ZPI, čl. 141. Međutim, u njegovoj nadležnosti su bili samo objekti izgrađeni nakon 13. maja 2003. godine. Više o tome vid. Nevena Milojević, Rušenje objekta bespravno podignutog pre stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji, Vrhovni sud Srbije, Bilten sudske prakse, br. 2/2005, Intermeks, Beograd, 2005, str. 569-571.

²³ Vid. pravno shvatanje Vrhovnog suda Srbije u presudi U. 3962/03 od 11. juna 2004. godine, Vrhovni sud Srbije, Bilten sudske prakse, br. 1/2005, Intermeks, Beograd, 2005, str. 129-130.

Prema Zakonu o planiranju i izgradnji građenje bez odobrenja za izgradnju i glavnog projekta predstavljalo je krivično delo za koje je bila propisana kazna zatvora do godinu dana, ukoliko je počinilac preduzetnik u svojstvu izvođača radova, odnosno odgovorno lice u pravnom licu. Za fizičko lice koje je investitor, odnosno odgovorno lice u pravnom licu sa istim svojstvom kazna je bila do tri godine zatvora.²⁴ Navedene odredbe zakona su donete u cilju sprečavanja dalje bespravne gradnje. Legalizacija je bila moguća samo za objekte izgrađene pre donošenja navedenog zakona, dok za one koji su sagrađeni nakon 13. maja 2003. godine to ne bi bilo moguće jer je takva gradnja predstavljala krivično delo.

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji (2006). – Zakon o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji²⁵ je stupio na snagu 26. aprila 2006. godine. U oblasti legalizacije objekata uvedene su manje izmene koje su se uglavnom odnosile na produženje pojedinih rokova, od kojih je najznačajnije spomenuti rok za prijavu nelegalnih objekata izgrađenih do 13. maja 2003. godine, koji je produžen do 26. oktobra 2006. godine.²⁶

Zakon o planiranju i izgradnji (2009)

Zakon o planiranju i izgradnji iz 2009. godine²⁷ nije sadržao odredbe o bespravnoj gradnji kao krivičnom delu, kao prethodni zakon, već je regulisanje tog pitanja prepušteno odredbama Krivičnog zakonika, na osnovu izmena i dopuna²⁸

²⁴ ZPI, čl. 149. Za pravno lice koje gradi objekat bez odobrenja za izgradnju i glavnog projekta bila je predviđena novčana kazna za privredni prestup.

²⁵ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 34/2006.

²⁶ Time je postavljeno pitanje mogućnosti ponovnog podnošenja zahteva za legalizaciju u dodatnom roku ukoliko je prethodni zahtev bio odbijen. Više o tome: Dušanka Marjanović, Legalizacija bespravno izgrađenih objekata, u Aktuelni problemi zakonodavstva u Republici Srbiji, Udruženje za odštetno pravo, Budva, Beograd, 2007, str. 306-310.

²⁷ Zakon o planiranju i izgradnji (ZPI), Službeni glasnik Republike Srbije, br. 72/2009.

²⁸ Zakon o izmenama i dopunama Krivičnog zakonika, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 72/2009. Za izvođača radova koji je gradio bez građevinske dozvole, bila je predviđena kazna zatvora od 3 meseca do 3 godine i novčana kazna, kazna zatvora za investitora je od 6 meseci do 5 godina i takođe novčana kazna. Ukoliko neko od navedenih lica nastavi gradnju nakon donetog rešenja o obustavi radova, predviđena kazna zatvora je od 1 do 8 godina i novčana kazna. Navedene odredbe su na snazi i danas. Krivični zakonik, čl. 219a. U Hrvatskoj je u okviru *Kaznenog zakona* propisano da je građenje na području zaštićenog prirodnog dobra, kulturnog dobra, odnosno drugom području od posebnog interesa za državu krivično delo za koje je predviđena kazna zatvora od 6 meseci do 5 godina. Kazneni zakon, *Narodne novine*, br. 125/11, 144/12, 56/15, čl. 212. Građenje bez građevinske dozvole na drugim područjima u Hrvatskoj predstavlja prekršaj. Zakon o gradnji, *Narodne novine*, br. 153/13, čl. 162, 167.

koje su stupile na snagu istovremeno kad i Zakon o planiranju i izgradnji. Iako je u skladu sa zakonom iz 2003. godine legalizacija trebalo da predstavlja rešenje samo za nelegalne objekte izgrađene do 13. maja 2003. godine, što je značilo da naknadna legalizacija kasnije izgrađenih objekata nije moguća jer je bespravna gradnja predstavljala krivično delo, donošenjem Zakona o planiranju i izgradnji 2009. godine, pokrenut je novi ciklus legalizacije. Time su uspostavljena dva paralelna sistema za dobijanje građevinske, odnosno upotrebne dozvole.

Prema odredbama novog zakona postupak legalizacije se odnosio na objekte koji su izgrađeni, rekonstruisani ili dograđeni do 11. septembra 2009. godine.²⁹ Zahtev je bilo potrebno podneti u roku od šest meseci, odnosno do 11. marta 2010. godine.³⁰

Za razliku od prethodnog zakona, u novom su bili navedeni slučajevi u kojima nije bilo moguće legalizovati objekat,³¹ ali su istovremeno predviđeni i pojedini izuzeci.

Prilikom upisa legalizovanog objekta u katastar nepokretnosti stavljana je zabeležba da je pravo svojine na tom objektu utvrđeno na osnovu građevinske i upotrebne dozvole dobijene u postupku legalizacije i da Republika Srbija ne garantuje stabilnost i sigurnost objekta jer je za dobijanje dozvole u takvom postupku prilagana minimalna tehnička dokumentacija.³²

Kao i prethodnim zakonom bilo je propisano da neće biti vršeno rušenje objekata izgrađenih ili rekonstruisanih bez građevinske dozvole do stupanja na snagu navedenog zakona, dok se ne završi postupak legalizacije za te objekte. Donošenje rešenja o rušenju za objekte koji su izgrađeni nakon 11. septembra 2009. godine bilo je u nadležnosti građevinskog inspektora.³³

²⁹ To je datum stupanja na snagu Zakona o planiranju i izgradnji.

³⁰ ZPI, čl. 186.

³¹ Nije bilo moguće legalizovati objekat ukoliko je bio izgrađen od materijala koji ne obezbeđuje trajnost i sigurnost, ako je izgrađen na zemljištu nepovoljnom za građenje, na površinama javne namene, u zoni zaštite prirodnog i kulturnog dobra, izgrađen ili rekonstruisan u suprotnosti sa pretežnom namenom u određenoj zoni, na udaljenosti od susednog objekta koja je manja od propisane, odnosno ako je viši od propisane dozvoljene visine. Postojali su i izuzeci kod poslednja dva navedena slučaja odstupanja, gde je i pored manje razdaljine ili veće visine uz ispunjenje dodatnih uslova bilo moguće legalizovati objekat. Vid. ZPI, čl. 187.

³² ZPI, čl. 195, st. 8. U svojoj odluci IUz - 295/2009 iz 2012. godine Ustavni sud Srbije je pored ostalog naveo da „ne postoji ustavno ovlašćenje za zakonodavni organ da prilikom uređivanja odnosa iz svoje nadležnosti zakonom isključi odgovornost države za posledice koje nastupaju usled zakonom dopuštenog štetnog postupanja.“

³³ ZPI, čl. 197.

Zakon o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji (2011). – Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji iz 2011. godine³⁴ omogućeno je umanjnje naknade za uređenje građevinskog zemljišta za objekte u postupku legalizacije.³⁵ Na osnovu tih odredbi za porodične stambene objekte i stanove površine do 100m² naknada je umanjivana za 99% na svakih 25m² po članu domaćinstva, dok je za dodatnih 100m² u istom objektu naknada umanjivana za 60%, izuzev za objekte koji se nalaze u ekstra ili prvoj urbanističkoj zoni.³⁶ Navedeno umanjnje je moglo ostvariti lice koje je izgradnjom ili kupovinom nelegalnog objekta trajno rešilo stambeno pitanje, ako to lice ili članovi njegovog domaćinstva nemaju drugu nepokretnost na teritoriji jedinice lokalne samouprave u kojoj se nalazi nepokretnost za koju je podnet zahtev za legalizaciju.³⁷ Ovakvim odredbama su lica koja su gradila objekte uz građevinsku dozvolu pribavljenu redovnim putem dovedena u neravnopravan položaj u odnosu na one koji su dozvolu dobijali u postupku legalizacije, jer se pravo na umanjnje naknade za uređenje građevinskog zemljišta odnosilo samo na objekte u postupku legalizacije.

Još jedna odredba svedoči o nejednakom položaju graditelja. U redovnom postupku dobijanja građevinske dozvole za građenje na građevinskom zemljištu koje je u svojini više lica bila je neophodna njihova overena saglasnost. Isto je bilo potrebno i u postupku legalizacije, međutim vlasnici nelegalnih objekata su bili u povoljnijem položaju jer je bilo propisano da će se smatrati da je suvlasnik dao saglasnost za legalizaciju ukoliko je znao ili je mogao znati za izgranjju objekta, ali se u vreme izgradnje tome nije protivio.³⁸ Ovakvo normativno rešenje je u suprotnosti sa Ustavom zagantovanim pravom na mirno uživanje svojine i drugih imovinskih prava, kao i sa članom 1. Protokola 1 uz Evropsku konvenciju za zašt-

³⁴ Zakon o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 24/11.

³⁵ Umanjenje naknade za uređenje građevinskog zemljišta je bilo regulisano i Pravilnikom o kriterijumima za određivanje naknade u postupcima legalizacije, kriterijumima za objekte za koje se ne može naknadno izdati građevinska dozvola, kao i o sadržini tehničke dokumentacije i sadržini i načinu izdavanja građevinske i upotrebne dozvole za objekte koji su predmet legalizacije (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 89/09 i 5/10), a zatim i Pravilnikom o kriterijumima za umanjnje naknade za uređivanje građevinskog zemljišta u postupku legalizacije i o uslovima i načinu legalizacije objekata (*Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 26/11).

³⁶ Zakon o izmenama i dopunama ZPI, čl. 78.

³⁷ Zakon o izmenama i dopunama ZPI, čl. 78, st. 3. *Bilo je neophodno da lice zaključi ugovor sa jedinicom lokalne samouprave o uređivanju međusobnih odnosa u vezi sa naknadom za uređivanje građevinskog zemljišta do 30. juna 2012. godine. Naknada je mogla biti plaćena u jednakim mesečnim ratama u periodu od 20 godina.* Zakon o izmenama i dopunama ZPI, čl. 78, st. 4, 6.

³⁸ Zakon o izmenama i dopunama ZPI, čl. 83, st. 3.

tu ljudskih prava i osnovnih sloboda, i članovima 24, 25 i 26 Zakona o osnovama svojinsko-pravnih odnosa koji uređuju građenje na tuđem zemljištu.

U ovom kontekstu su razmotrene samo neke od mnogobrojnih odredbi Zakona o planiranju i izgradnji kojima je regulisano pitanje legalizacije bespravno izgrađenih objekata, a koje svedoče o nejednakom položaju lica koja su gradila objekte poštujući zakon i onih koji su to činili suprotno zakonskim normama.³⁹ U odluci Ustavnog suda broj IUz - 295/2009 od 6. decembra 2012. godine⁴⁰ kojom je utvrđeno da odredbe članova od 185 do 200 Zakona o planiranju i izgradnji nisu u saglasnosti sa Ustavom, između ostalog je navedeno da je odredbama o legalizaciji objekata nesavesni graditelj stavljen u povoljniji položaj u odnosu na savesne graditelje, što je u suprotnosti sa pravnom jednakošću, zabranom diskriminacije i načelima jedinstva pravnog poretka.⁴¹

*Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine
na objektima izgrađenim bez građevinske dozvole*

Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine na objektima izgrađenim bez građevinske dozvole,⁴² koji je takođe regulisao pitanja u vezi sa bespravno izgrađenim objektima, primenjivao se od 16. marta 2013. godine do 31. decembra 2014. godine. U skladu sa njegovim odredbama upis prava svojine u katastar nepokretnosti bio je moguć za objekte izgrađene do 11. septembra 2009. godine koji nisu imali građevinsku, odnosno upotrebnu dozvolu.⁴³

³⁹ Nejednakost je postojala i sa stanovišta tehničke dokumentacije koju je bilo potrebno priložiti za dobijanje građevinske dozvole, jer je ona u slučaju legalizacije bila manjeg obima; objekti su mogli biti legalizovani iako su bili izgrađeni na površinama za koje nije bilo moguće dobiti građevinsku dozvolu u redovnom postupku.

⁴⁰ Odluka je objavljena u *Službenom glasniku Republike Srbije*, br. 50/2013.

⁴¹ Detaljnije vid. Odluka Ustavnog suda broj IUz - 295/2009 od 6. decembra 2012. godine.

⁴² Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine na objektima izgrađenim bez građevinske dozvole (Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine), *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 25/2013.

⁴³ Bilo je moguće upisati pravo svojine i na građevinskom zemljištu na kome se objekat nalazi. Zakonom su bili obuhvaćeni samo sledeći objekti: porodični stambeni objekti površine do 300 m², stanovi površine do 200m², poslovni prostori do 100m², garaže do 30m², vikendice do 200m², objekti za obavljanje zanatske delatnosti do 100m², pomoćni i ekonomski objekti. Nije bila predviđena mogućnost upisa prava svojine za objekte koji su izgrađeni na površinama javne namene, u prvom stepenu zaštite prirodnog dobra, u zoni zaštite kulturnog dobra od izuzetnog značaja i dobara upisanih u Listu svetske kulturne baštine, u zaštitnom pojasu na osnovu posebnih propisa, u koridorima postojećih, odnosno planiranih dalekovoda. Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine na objektima izgrađenim bez građevinske dozvole, čl. 1. Međutim, i za objekte izgrađene na

Zahtev za legalizaciju podnet u skladu sa Zakonom o planiranju i izgradnji smatran je zahtevom za upis prava svojine.⁴⁴ Za lica koja to nisu učinila bilo je omogućeno da podnesu zahtev za upis prava svojine za objekte izgrađene do 11. septembra 2009. godine u roku od godinu dana, odnosno do 16. marta 2014. godine.⁴⁵

Upis prava svojine na objektima i zemljištu je vršen na osnovu javnih i privatnih isprava koje su podobne za upis prava svojine.⁴⁶ Ukoliko je vlasnik objekat bio upisan kao nosilac prava korišćenja na parceli na kojoj je objekat izgrađen, na osnovu jednog rešenja je sproveden upis prava svojine na objektu i zemljištu. Ako je zemljište na kome se nalazio objekat bilo u svojini ili je na njemu postojalo pravo korišćenja u korist trećeg lica, vršen je upis prava svojine na objektu bez upisa prava na zemljištu. Bilo je potrebno da vlasnici reše imovinskoppravana pitanja u roku od dve godine. U suprotom, vlasnik objekta je bio dužan da odredi zemljište za redovnu upotrebu objekta i vlasniku zemljišta isplati tržišnu cenu za zemljište.⁴⁷

Uz upis prava svojine stavljana je zabeležba da je on sproveden na osnovu Zakona o posebnim uslovima za upis prava svojine na objektima izgrađenim bez građevinske dozvole. Nakon pribavljanja građevinske, odnosno upotrebne dozvole, na zahtev nosioca prava svojine navedena zabeležba je brisana.⁴⁸

Zakonom je bila propisana zabrana sudskog overavanja ugovora kojim bi se otuđio objekat na kome je pravo svojine upisano na osnovu navedenog zakona ukoliko prethodno nije pribavljena potvrda jedinice lokalne samouprave da je

prethodno navedenim lokacijama bilo je moguće izvršiti upis prava svojine uz prethodno dobijenu odgovarajuću saglasnost. Vid. čl. 9 Pravilnika o uslovima, načinu i postupku za sticanje prava svojine na zemljištu i objektima na koje se primenjuje Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 31/2013.

⁴⁴ Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine, čl. 13, st. 1.

⁴⁵ Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine, čl. 13, st. 2, 3. Pravilnik o uslovima, načinu i postupku za sticanje prava svojine na zemljištu i objektima na koje se primenjuje Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine, čl. 16.

⁴⁶ Ukoliko vlasnik porodičnog objekta površine do 300m² ne poseduje navedene isprave, za upis prava svojine je bilo potrebno priložiti najmanje dva od sledećih dokaza navedenih u zakonu: Rešenje o utvrđivanju poreza na imovinu, izdati račun za plaćanje naknade za komunalne usluge, električne energije, gas, potvrda inspeksijskog organa o vremenu izgradnje nelegalnog objekta, obaveštenje organa uprave o mogućnosti legalizacije o objekta. Upis prava svojine je mogao biti izvršen i na osnovu pravosnažne građevinske dozvole. Za objekte koji nisu snimljeni bilo je potrebno priložiti i snimak objekta, zapisnik o uviđaju i ako je potrebno specifikaciju posebnih delova objekta. Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine, čl. 4, st. 7, čl. 8.

⁴⁷ Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine, čl. 4.

⁴⁸ Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine, čl. 9, st. 2, čl. 10, st. 2.

vlasnik objekta uredio odnose u vezi sa plaćanjem naknade za uređenje građevinskog zemljišta⁴⁹ Prema Pravilima za postupanje državnih službenika i stranaka prilikom overe ugovora kojima se vrši promet građevinskih objekata koje je doneo Osnovni sud u Novom Sadu, za overu ugovora kojim se otuđuje objekat bilo je potrebno priložiti list nepokretnosti ili drugu dokumentaciju kojom se može dokazati vlasništvo, čime je ujedno dokazivano da izgrađeni objekat ima građevinsku dozvolu. U slučaju da objekat nije upisan u katastar nepokretnosti bilo je neophodno priložiti građevinsku dozvolu, a ukoliko je upis prava svojine bio izvršen prema prethodno navedenom zakonu bila je neophodna potvrda o uređenju odnosa sa nadležnom gradskom upravom u vezi sa plaćanjem naknade za uređenje građevinskog zemljišta i prepis lista nepokretnosti iz kog se može videti da je izvršen upis. Nakon donošenja zakona postojao je zastoj u prometu nepokretnosti na koje se on odnosio jer se procedura upisa u katastar odvijala sporo, a jedinica lokalne samouprave je trebalo izvesno vreme da donesu pravilnike o određivanju visine naknade za uređenje građevinskog zemljišta.

Zakon o legalizaciji objekata

Ustavni sud je odložio objavljivanje Odluke o ustavnosti članova Zakona o plniranju i izgradnji koje se odnose na pitanje legalizacije kako bi zakonodavac u međuvremenu uspeo da uredi to pitanje tako da bude u saglasnosti sa Ustavom. Ni nakon šest meseci od donošenja odluke to nije učinjeno, pa je 7. juna 2013. godine kada je odluka objavljena, a neustavne odredbe zakona prestale da važe, ovo značajno pitanje ostalo neregulisano sve do stupanja na snagu Zakona o legalizaciji⁵⁰ 1. novembra 2013. godine.⁵¹

Zakonom o legalizaciji je ponovo produžen rok za podnošenje zahteva i omogućena je legalizacija objekata koji su bespravno izgrađeni, rekonstruisani ili dograđeni sve do njegovog stupanja na snagu. Zahtev za legalizaciju je bilo potrebno podneti u roku od 90 dana, odnosno do 29. januara 2014. godine.

Za razliku od prethodnog zakona novim je bila predviđena detaljnija tehnička dokumentacija koja je bila potrebna za legalizaciju. Bili su navedeni i slučajevi u kojima nije moguće sprovesti legalizaciju.⁵² Određivanje visine naknade za uređenje građevinskog zemljišta je bilo u nadležnosti jedinice lokalne samoupra-

⁴⁹ *Zakon o posebnim uslovima za upis prava svojine*, čl. 11, st. 2.

⁵⁰ *Zakon o legalizaciji*, Službeni glasnik Republike Srbije, br. 95/2013.

⁵¹ Milanka Belić, *Legalizacija bespravno sagrađenih objekata*, Bilten Republičkog javnog pravobrani-laštva, br. 1/2014, Beograd, 2014, 62.

⁵² *Zakon o legalizaciji*, čl. 3.

ve. Ostavljena je mogućnost umanjenja naknade ako je vlasnik izgradnjom ili kupovinom bespravno izgrađenog objekta trajno rešio svoje stambeno pitanje i ako on i članovi njegovog poroičnog domaćinstva nisu imali drugu nepokretnost za stanovanje, u slučaju da je vlasnik invalid, samohrani roditelj ili korisnik socijalne pomoći.⁵³ Kao i prema prethodno važećem zakonu rušenje bespravno izgrađenih objekata je bilo obustavljeno do okončanja postupka legalizacije. Ono je bilo moguće tek nakon pravosnažno završenog postupka kojim se odbacuje ili odbija zahtev za legalizaciju.⁵⁴ Za objekte čije je građenje završeno nakon stupanja na snagu Zakona o legalizaciji građevinski inspektor je trebalo odmah da donese rešenje o rušenju.

Zakon o ozakonjenju objekata

Prema Zakonu o ozakonjenju objekata,⁵⁵ koji je stupio na snagu 27. novembra 2015. godine, ozakonjenje⁵⁶ besprano izgrađenih objekata predstavlja javni interes za Republiku Srbiju.

Za razliku od prethodnih zakona koji su regulisali istu materiju, važećim zakonom je propisano da taj postupak nadležni organi pokreću po službenoj dužnosti nakon popisa⁵⁷ nezakonito izgrađenih objekata i donošenja pojedinačnih rešenja o rušenju za svaki evidentiran objekat.⁵⁸ Jedino je za vlasnike bespravno izgrađenih objekata koji su pravo svojine upisali u katastar nepokretnosti na osnovu Zakona o posebnim uslovima za upis prava svojine na objektima izgrađe-

⁵³ Zakon o legalizaciji, čl. 29.

⁵⁴ Zakon o legalizaciji, čl. 33, 34.

⁵⁵ Zakon o ozakonjenju objekata (Zakon o ozakonjenju), Službeni glasnik Republike Srbije, br. 96/2015.

⁵⁶ Umesto dosadašnjeg termina legalizacija koji je korišćen u prethodnim zakonima koji su regulisali istu materiju, novim zakonom je uveden termin ozakonjenje objekata. U samom zakonu nije data definicija ozakonjenja, niti je propisano da se u postupku ozakonjenja naknadno izdaju građevinska i upotrebna dozvola, kao što je to bio slučaj u ranijim zakonima. Bez obzira na terminološko određivanje, i Zakon o ozakonjenju objekata predstavlja ponovni pokušaj sprovođenja legalizacije bespravno izgrađenih objekata sa nešto izmenjenom procedurom.

⁵⁷ Rok za završetak popisa bespravno izgrađenih objekata je 12 meseci od stupanja na snagu Zakona o ozakonjenju objekata, odnosno do 27. novembra 2016. godine. Zakon o ozakonjenju, čl. 46, st. 3.

⁵⁸ Rušenje se neće sprovoditi do pravosnažnog okončanja postupka ozakonjenja. Tek nakon pravosnažnog okončanja postupka kojim se odbacuje ili odbija zahtev za ozakonjenje moguće je rušenje objekta. Ukoliko rešenje o rušenju nije moguće izvršiti, građevinski inspektor upisuje tu činjenicu u rešenje o rušenju, a u katastru nepokretnosti se upisuje zabeležba zabrane otuđenja. Zakon o ozakonjenju, čl. 38.

nim bez građevinske dozvole predviđeno da moraju da podnesu zahtev za ozakonjenje objekta u roku od 6 meseci. Ostali koji nisu podneli zahtev za legalizaciju po prethodno važećim zakonima mogu samo da obaveste građevinsku inspekciju da imaju bespravno izgrađen objekat.

Ozakonjenje se odnosi na objekte za koje je podnet zahtev za legalizaciju po ranije važećem zakonu,⁵⁹ objekte za koje je podnet zahtev u skladu sa Zakonom o posebnim uslovima za upis prava svojine na objektima izgrađenim bez građevinske dozvole, kao i one koji se vide na satelitskom snimku teritorije Srbije.⁶⁰

Kao i u prethodnim zakonima predviđeni su slučajevi u kojima nije moguće izvršiti legalizaciju, ali i izuzeci od tih pravila.⁶¹ U ovom kontekstu dovoljno je navesti jedan primer neadekvatnog regulisanja pitanja legalizacije objekata. Prema Zakonu o ozakonjenju objekata moguće je podneti zahtev za ozakonjenje za vikendice i porodične objekte za odmor koji su izgrađeni u drugom stepenu zaštite prirodnog dobra, dok je istovremeno prema Zakonu o zaštiti prirode⁶² zabranjeno građenje vikendica i drugih porodičnih objekata za odmor u prvom i u drugom stepenu zaštite.⁶³ Na taj način je isto pitanje potpuno suprotno regulisano u dva važeća zakona.

Radi sprovođenja ozakonjenja vlasnik je dužan da nakon dobijanja obaveštenja od strane nadležnog organa dostavi dokaz o odgovarajućem pravu na zemljištu, odnosno objektu,⁶⁴ a potom i izveštaj o zatečenom stanju objekta i elaborat geodetskih radova. U delu zakona u kome je taksativno navedeno šta se smatra odgovarajućim pravom ponovo se javlja sporna odredba koja je uvedena Zakonom o izmenama i dopunama Zakona o planiranju i izgradnji iz 2011. godine, kojom je propisano da ukoliko je suvlasnik zemljišta na kome je izgrađen nelegalan objekat znao ili mogao znati za izgradnju, ali se u to vreme nije protivio tome, smatra se da postoji njegova saglasnost za legalizaciju/ozakonjenje.⁶⁵

Zakonom o ozakonjenju nije predviđeno plaćanje naknade za uređenje građevinskog zemljišta, kao što je to bio slučaj u prethodnim zakonima, već je potrebno platiti taksu za sprovođenje ozakonjenja čija visina zavisi od kvadrature objekta, ali ne i od lokacije. Za porodične objekte i stanove do 100m² taksa izno-

⁵⁹ Za njih je postupak ozakonjenja pokrenut danom stupanja na snagu Zakona o ozakonjenju.

⁶⁰ Zakon o ozakonjenju, čl. 6.

⁶¹ Detaljnije vid. Zakon o ozakonjenju, čl. 4, 5.

⁶² Zakon o zaštiti prirode, *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 36/2009, 88/2010, 91/2010 – ispr, 14/2016.

⁶³ Vid. Zakon o ozakonjenju, čl. 5, tačka 4 i Zakon o zaštiti prirode čl. 35.

⁶⁴ Vid. Zakon o ozakonjenju, čl. 10.

⁶⁵ Uporedi: Zakon o izmenama i dopunama ZPI, čl. 83, st. 3 i Zakon o ozakonjenju, čl. 10, st. 7.

si 5.000 dinara,⁶⁶ ukoliko je kvadratura između 100 i 200m² iznos se povećava na 15.000 dinara, itd. Prema važećem Zakonu o planiranju i izgradnji u redovnom postupku pribavljanja građevinske dozvole investitor je obavezan da plati doprinos za uređivanje građevinskog zemljišta čiji iznos zavisi od kvadrature, namene i lokacije nepokretnosti. U 2015. godini u Novom Sadu je za izgradnju stambenog objekta od 100m² u I zoni za obračun naknade, odnosno u širem centru grada, bilo potrebno platiti 220.000 dinara na ime doprinosa za uređivanje građevinskog zemljišta.⁶⁷ Očigledne veoma velike razlike u iznosima koje je potrebno izdvojiti, dovode savesne graditelje u mnogo nepovoljniji finansijski položaj u odnosu na one koji su gradili nepoštujući zakon.

Do upisa prava svojine u katastar nepokretnosti dolazi nakon pravosnažnosti rešenja o ozakonjenju tako što nadležni organ u roku od 3 dana po službenoj dužnosti dostalja rešenje i elaborat geodetskih radova organu nadležnom za poslove državnog premera i katastra. Upis u katastar izvršen na ovaj način je izuzet od obaveze plaćanja takse.⁶⁸

Na kraju treba spomenuti i odredbu prema kojoj je jedinica lokalne samouprave obavezna da najkasnije u roku od dve godine uskladi planske dokumente prema rezultatima popisa bespravno izgrađenih objekata, "naročito u pogledu planiranja i uređenja neformalnih naselja".⁶⁹ Ovakvom odredbom i procesom legalizacije stvara se situacija u kojoj bespravni graditelji utiču na formiranje planskih dokumenata, pri čemu prostorni i urbanistički planovi postaju samo slika za tečenog stanja, čime se obesmišljava njihova osnovna uloga i postojanje.

ZAKLJUČAK

Na osnovu analize dosadašnjih zakona o legalizaciji može se zaključiti da su normativna rešenja u osnovi bila slična, a u nekim segmentima gotovo identična. Donošenjem svakog novog zakona dodatno je produžavan rok za legalizaciju i pored toga što bespravna gradnja predstavlja krivično delo.⁷⁰ Bilo je propisa-

⁶⁶ Od plaćanja takse za objekat navedene površine izuzeta su lica sa invaliditetom, samohrani roditelji i korisnici socijalne pomoći.

⁶⁷ Taj iznos je mogao biti umanjen za 30% u slučaju jednokratne uplate. Za objekte izgrađene za komercijalne svrhe razlika u iznosu takse za ozakonjenje i doprinosa za uređivanje građevinskog zemljišta je mnogo veća.

⁶⁸ Zakon o ozakonjenju, čl. 36.

⁶⁹ Zakon o ozakonjenju, čl. 48.

⁷⁰ Uvidom u sudsku praksu možemo zaključiti da ukoliko i dođe do pokretanja postupka, kazne za bespravnu gradnju su minimalne i uglavnom se svode na izrečenu uslovnu osudu i novčanu kaznu. Vid. presuda Osnovnog suda u Prijepolju, br. 3K 3/14 od 22.09.2015. godine,

no da objekti neće biti rušeni dok se ne završi postupak legalizacije po podnetom zahtevu, a istovremeno su donošenjem novih zakona rokovi za podnošenje zahteva produžavani. Graditelji nelegalnih objekata su stavljeni u povoljniji položaj u odnosu na one koji su poštovali zakonske norme. Bilo je lakše i jeftinije pribaviti građevinsku dozvolu u postupku legalizacije, nego u redovnoj proceduri. Ni trenutno važeći zakon ne predstavlja izuzetak od navedenog, već dodatno diskriminiše savesne graditelje oslobađajući vlasnike nelegalnih objekata od plaćanja doprinosa za uređivanje građevinskog zemljišta.

Donošenjem takvih propisa slata je pogrešna poruka građanima. Sa druge strane, građani su bili svesni da država nema dovoljno finansijskih i tehničkih sredstava da izvrši rušenje svih bespravno izgrađenih objekata i da rešavanje problema bespravne gradnje na takav način može izazvati ozbiljne socijalne potrebe u društvu, a time i političke tenzije. Prilikom donošenja svakog od navedenih zakona moglo se čuti da će to biti poslednji zakon u ovoj oblasti koji će definitivno rešiti problem bespravne gradnje i da nakon njega više neće biti moguće sprovođenje legalizacije. Međutim, već za nekoliko godina usledilo bi donošenje novog zakona. Tako je postajalo izvesno da će legalizacija uvek biti moguća i da ne treba žuriti sa podnošenjem zahteva i plaćanjem naknada.

Uporedo sa donošenjem novih zakona broj nelegalnih objekata se sve više povećavao, što navodi na zaključak da je bilo potrebno preventivno delovanje, a ne samo saniranje već nastalih posledica.

Pošto je očigledno da dosadašnji zakoni nisu dali odgovarajuće efekte potrebno je pristupiti problemu i iz drugog ugla i kroz rad inspeksijskih organa sprečiti pojavu bespravne gradnje u samom nastajanju.

Neophodno je stvoriti atmosferu suprotnu dosadašnjoj u kojoj bi se lica koja grade, rekonstruišu ili dograđuju objekte u skladu sa zakonom i pribavljanim dozvolama, našla u boljem položaju u odnosu na one koji to čine protivzakonito. Doprinos legalnoj gradnji bi bio učinjen i kroz bržu i jeftiniju proceduru dobijanja građevinske dozvole, što je delimično učinjeno kroz uvođenje objedinjene procedure⁷¹, ali i dalje postoji prostor za dodatna poboljšanja u ovoj oblasti.

Većina nelegalnih objekata je izgrađena na poljoprivrednom zemljištu. Postoje primeri čitavih naselja koja su sagrađena suprotno planskim dokumentima na obradivom zemljištu gde je postojala zabrana građenja. Vremenom su urbani-

presuda Osnovnog suda u Leskovcu br. K 317/14 od 24.02.2015. godine, presuda Osnovnog suda u Petrovcu na Mlavi K 18/2014-77 od 02.06.2014.

⁷¹ U objedinjenoj proceduri podnošenje zahteva i dokumenata se vrši isključivo elektronskim putem uz elektronski potpis. To doprinosi modernizaciji, delimičnom olakšanju i ubrzanju procedura za podnošenje zahteva, ali sa druge strane za pojedine građane može predstavljati problem i dodatni izdatak.

stički planovi izmenjeni, deo objekata je legalizovan i omogućena je gradnja. Takvim postupcima dolazi do konstantnog smanjenja površina poljoprivrednog zemljišta. Neophodno je delovati u cilju sprečavanja daljeg pretvaranja obradivog zemljišta u građevinsko, čime bi bio učinjen značajan napredak u očuvanja ovog retkog i teško obnovljivog resursa.

Srbija se potpisivanjem *Bečke deklaracije o neformalnim naseljima u jugoistočnoj Evropi*⁷² 2004. godine obavezala da će delovati u cilju sprečavanja nelegalne gradnje, naročito u smislu formiranja neformalnih naselja, i da će sprovesti legalizaciju već izgrađenih objekata u slučaju kada su za to ispunjeni odgovarajući uslovi.

SOFIJA NIKOLIĆ, LL.M.,
Ph.D. Candidate Faculty of Law,
University of Belgrade

LEGALIZATION OF ILLEGALLY CONSTRUCTED BUILDINGS IN SERBIA

Summary

Serbia has been facing the problem of illegal constructions for decades. Currently, according to experts estimations there are about a million and five hundred thousand illegally constructed buildings. The paper analyzes the causes of illegal construction. Six laws regulating the issue of legalization have been issued until today. By application of their provisions, illegal builders were brought in an advantageous position compared to those who were building in accordance with the law. Such regulation followed by inappropriate application of sanctions, contributed to the further spread of illegal construction.

Along with the process of legalization the number of illegally constructed buildings has been increasing, which leads to the conclusion that an adequate control of construction has not been carried out. It is necessary to prevent the illegal construction at the very beginning of its formation through the work of inspection bodies. Also, it is essential to regulate the issue of legalization in such a way that the people who build, reconstruct or upgrade buildings in accordance with the law and obtained permits, find themselves in a better position compared to those who do that illegally. Incentives to legal construction could be made through a simpler, more efficient and faster process of issuing building permits.

⁷² *Vienna Declaration on Informal Settlements in South Eastern Europe*, 2004. Deklaraciju su potpisali i predstavnici Albanije, Makedonije i Crne Gore.

RODNA ŽIVKOVSKA,
TINA PRŽESKA

NOVINE U REGULISANJU TRAJNIH OBJEKATA U ZAKONODAVSTVU REPUBLIKE MAKEDONIJE

U V O D

Urbanističkoppravna regulativa R. Makedonije razlikuje nekoliko vrsta građevinskih objekata koji se mogu nalaziti na građevinskom zemljištu. Radi se o trajnim, privremenim i bespravnim objektima, kao i o tzv. urbanoj opremi. U cilju predstavljanja i analize novina u zakonskoj regulativi u pogledu trajnih objekata, što je cilj ovog rada, na početku ćemo ukazati šta je “*objekat na građevinskom zemljištu*,” a zatim ćemo konstatovati kriterijume na osnovu kojih zakoni (i civilna doktrina¹) razlikuje ove objekte.

Pojam “objekat na građevinskom zemljištu” i vrste objekata na građevinskom zemljištu

Opšti Zakon o svojini i drugim stvarnim pravima R. Makedonije iz 2001. godine (Закон за сопственост и други стварни права)² govori o objektu na

Dr Rodna Živkovska, profesor Pravnog fakulteta “Justinijan Prvi”, Univerzitet “Sv. Kiril i Metodij” u Skoplju.

Dr Tina Pržeska, profesor Pravnog fakulteta “Justinijan Prvi”, Univerzitet “Sv. Kiril i Metodij” u Skoplju.

¹ Vidi: R. Živkovska, *Stvarno pravo*, Evropa 92, Skopje, 2005, str. 160-161; Isto i: P. Simonetti, *Nekretnine kao objekti prava vlasništva i prava građenja*, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. (1991) v. 30, br. 1, 2009, str. 38-39.

² Zakon za sopstvenost i drugi stvarni prava, *Sl. vesnik na RM*, br. 18/01, 92/08, 139/09 i 35/10.

građevinskom zemljištu, ali pri tome ga pojamovno ne određuje. Analiza odredaba koje se odnose na građenje na zemljištu, kao zakonskom načinu sticanja prava svojine,³ pokazuje da Zakon o svojini razlikuje građevinske objekte “izgrađene saglasno građevinskim propisima” (чл. 116) i građevinske objekte “izgrađene bez odobrenja za građenje” (чл. 121), koji se danas nazivaju “bespravno izgrađeni objekti.”

1. Za razliku od opšteg Zakona o svojini, koji ne određuje generalno šta je objekat, pozitivno pravo Republike Makedonije u pogledu pojmovnog određivanja objekata koji se nalaze na građevinskom zemljištu otišlo je nekoliko koraka unapred. U ovom pogledu, Zakon o građenju (Закон за градење)⁴ poznaje dva instituta: “gradnju” i “objekat”. “Gradnja” prema ovom Zakonu je “sve što je nastalo izgradnjom i povezano je sa zemljištem, i predstavlja fizičku, tehničkotehnološku i građevinsku celinu zajedno sa izrađenim instalacijama, odnosno opremom” (чл. 2. ст. 1. т. 2). Građenje, prema ovom Zakonu, je tako određeno da u sebi sadrži sve građevinske zahvate (dogradnju, nadgradnju, rekonstrukciju, adaptaciju itd.). Međutim, prema Zakonu, gradnja sama po sebi nije građevinski objekat. Ona postaje građevinski objekat tek u momentu kada izvođač gradnje i investitor izvrše primopredaju zapisnikom o primopredaji izvedene gradnje kao građevinskog objekata, što znači da u momentu primopredaje “gradnja se transformiše u građevinski objekat”.

Iz navedenih odredaba možemo zaključiti da je građevinski objekat završena gradnja, ali da još nije nepokretna stvar u stvarnopravnom smislu.⁵ Ona to postaje tek u momentu kad se upiše u javnu knjigu za upis prava na nepokretnosti i time se ustvari upisuje – uknjižuje pravo svojine u korist investitora i to na osnovu zakonskog načina sticanja prava svojine putem građenja, tj. u smislu člana 113. Zakona o svojini.

Zakon o građenju sadrži odredbe o imperativnom upisivanju prava nepokretnosti u javnu knjigu (чл. 96),⁶ ali ovaj Zakon ne naziva ovaj objekt “trajnim,”

³ Vidi: čl. 113. Ibid.

⁴ Zakon za građenje, *Sl. vesnik na RM*, br. 130/09, 124/10, 18/11, 36/11, 54/11, 13/12, 144/12, 25/13, 79/2013, 137/13, 163/13, 27/14, 28/14, 42/14, 115/14, 149/14, 187/14, 44/15, 129/15, 129/15, 217/15, 226/15, 30/16, 31/16, 39/16 i 71/16.

⁵ Za stvar u stvarnopravnom smislu videti: P. Живковска, *цит. дело*, str. 146-148. Isto i: Ph. Simler, *Les biens, Le droit en plus*, Presses universitaires de Grenoble, 1996, str. 5-6.

⁶ Član 96. Zakona o građenju u sagalsnosti je sa članom 142, stav 1. Zakona o katastru nepokretnosti koji propisuje da “upis prava svojine i drugih stvarnih prava na nepokretnostima u katastar nepokretnosti je imperativno, a upisivanje drugih prava na nepokretnosti, uslovno upisivanje i upisivanje fakata u vezi nepokretnostima vrši se samo u slučajevima kad je to propisano Zakonom o katastru nepokretnosti ili posebnim zakona”

što on ustvari jeste. To decidno proklamuje novi Zakon o građevinskom zemljištu iz 2015. godine (Закон за градежно земјиште)⁷ koji izričito određuje da je objekat od trajnog karaktera “objekat koji je upisan u javnu knjigu za upis prava na nepokretnosti” (чл. 2. ст. 4). Svakako da Zakon o građevinskom zemljištu u ovom slučaju pod upisivanjem podrazumeva uknjiženje kao konačno i bezuslovno upisivanje u katastar nepokretnosti (Закон за катастар на недвижности)⁸ i to na osnovu odobrenja za građenje i preostale građevinskotehničke dokumentacije i to u imovinskom listu, kao javnoj ispravi kojom se dokazuje pravo svojine.⁹ Sve izneto navodi nas na zaključak da je građevinski objekat nepokretna stvar u fizičkom smislu reči koja se nalazi na građevinskom zemljištu i to na osnovu odobrenja za građenje i ostale građevinskotehničke dokumentacije. Ukoliko se taj građevinski objekat, kao fizička stvar, upiše u katastar nepokretnosti tj. uz postojanja *modusa aquirendi*, onda građevinski objekat, kao stvar u fizičkom smislu, postaje i stvar u stvarnopravnom smislu, tj. stvar na kojoj se tek onda može steći pravo svojine kao glavno stvarno pravo i druga stvarna prava određena zakonom.

Potrebno je ukazati da Zakon o katastru nepokretnosti predviđa da su nepokretnosti: “zemljišta, zgrade, posebni i zajednički delovi zgrada i drugi objekti i infrastrukturni objekti.” Iz ove formulacija proizlazi da se na zemljištu kao glavna stvar (polazeći od načela *superficies solo cedit*) mogu naći sledeće nepokretnosti: zgrade, posebni i zajednički delovi zgrada i drugi objekti i infrastrukturni objekti. Pri tome, svi ovi objekti upisuju se u katastar nepokretnosti na osnovu odobrenja za gradnju i svi su oni objekti trajnog karaktera. Zbog toga, s pravom je pisao profesor Simonetti da “odobrenje za građenje povezuje zemljište i objekat i uspostavlja pravno jedinstvo između njih.”¹⁰

2. Kao što smo ranije kazali, opšti Zakon o svojini govori i o “građevinskim objektima izgrađenim bez odobrenja za građenje.” Specijalni zakon, tj. Zakon o postupanju sa bespravno izgrađenim objektima (Закон за postapuvanje so bespravno izgrađeni objekti)¹¹ objekte ove vrste naziva “bespravno izgrađeni objekti.” Prema članu 2. Zakona to su objekti koji su izgrađeni bez odobrenja za građenje ili u suprotnosti za odobrenjem za građenje, ili kraće rečeno “bespravni objekti.” Odre-

⁷ Sl. vesnik na RM, br. 15/15, 98/15, 193/15, 226/15 i 31/16.

⁸ O vrstama upisivanja u katastru nepokretnosti videti: čl. 169-173, Zakona o katastru nepokretnosti (Закон за катастар на недвижности, Sl. vesnik na RM, br. 55/13, 41/14, 115/14, 116/15, 153/15 i 192/15).

⁹ Vidi: čl. 156, st. 1, Ibid.

¹⁰ Vidi: P. Simonetti, *Pravo građenja*, Sarajevo - Beograd, 1986.

¹¹ Sl. vesnik na RM, br. 23/11, 54/11, 155/12, 53/13, 72/13, 44/14, 115/14, 199/14, 124/15, 129/15, 217/15 i 31/16.

divanje bespravno izgrađenih objekata daje i Zakon o građenju koji ih naziva “*bespravna gradnja*.” Prema stavu 2. člana 56. ovog Zakon gradnje i delovi gradnje izgrađeni bez odobrenja za građenje su bespravne gradnje. Prema članu 159. Zakona o katastru nepokretnosti (koji isto tako upotrebljava naziv “*bespravno izgrađeni objekti*”), ovi objekti se evidentiraju u posebnom, tzv *evidentnom listu* koji ne pretstavlja javnu ispravu.¹²

Prema navedenim odredbama može se konstatovati da bespravno izgrađeni objekti nisu nepokretne stvari u stvarnopravnom smislu reči zbog toga što je građenje u ovom slučaju protivpravno, bez postojanja građevinskotehničke dokumentacije. Zbog toga Zakon ne dozvoljava sticanje prava svojine i drugih stvarih prava na bespravno izgrađenim objektima i oni se ne upisuju u imovinskom listu, već se evidentiraju u tzv. “*evidentnom listu*” koji nije javna isprava, a time i nije dokaz o sticanju prava svojine i drugih stvarnih prava.

3. Pored objekata od trajnog karaktera, urbanističko zakonodavstvo Republike Makedonije govori i o tzv. privremenim objektima. Prema Zakonu o građevinskom zemljištu privremeni objekat je montažno-demontažni ili tipski objekat koji se postavlja na građevinsko neizgrađeno zemljište radi privremene upotrebe prostora do realizacije urbanističkog plana (чл. 2. ст. 1. т. 5)¹³. Prema stavu 1. člana 79. Zakona o građenju, jedinice lokalne samouprave donose Godišnji program za postavljanje privremenih objekata kojim se utvrđuje prostor na kome se može postaviti privremeni objekat, a koji predstavlja građevinsko neizgrađeno zemljište. Prema stavu 5. privremeni objekti se postavljaju nakon dobijenog *odobrenja za postavljanje privremenog objekta* koje izdaje Gradonačelnik jedinice lokalne samouprave licima s kojima je zaključio ugovor o kratkotrajnom zakupu.

Iz ovih odredaba Zakona o građenju može se zaključiti da se privremeni objekti “*postavljaju na građevinsko neizgrađeno zemljište*” i to na osnovu dozvole za postavljanje privremenog objekta u saglasnosti sa Programom za postavljanje privremenih objekata, koji je donela jedinica lokalne samouprave. Civilna doktrina, kao i sudska praksa, smatra da su privremeni objekti pokretne stvari polazeći od fakta da se oni ne upisuju u javne knjige za upis prava na nepokretnostima.

4. Zakon o svojini uopšte ne govori o tzv. “*urbanoj opremi*” koja se, isto tako, može nalaziti na građevinskom zemljištu. Zakon o građevinskom zemljištu ne određuje pojam urbane opreme, već samo u članu 39. Zakona propusuje da se na građevinskom izgrađenom zemljištu može postaviti urbana oprema prema uslovima i načinu koji su utvrđeni Zakonom o građenju, Zakonom o lokalnoj samo-

¹² Videti: čl. 159. st. 2. Zakon o katastru nepokretnosti...

¹³ Isto određenje daje i Zakon o građenju u članu 2. stav 1. tačka 3.

upravi i Zakonom o gradu Skoplje. Za razliku od ovog Zakona, Zakon o građenju nabraja koje stvari predstavljaju urbanu opremu u pravnom životu Republike Makedonije. U ovom smislu, stav 1. tačka 4. člana 2. Zakona o građenju propisuje da se pod urbanom opremom podrazumeva: oprema za prodaju karata za javni prevoz, novina, suvenira, opreme, hrane, autobuska stajališta, telefonske govornice itd. Urbana oprema, isto kao i privremeni objekti, se ne gradi već se *“postavlja”*. Za razliku od privremenih objekata koji se postavljaju na građevinskom neizgrađenom zemljištu, urbana oprema, prema članu 80. Zakona o građenju, postavlja se na javne površine koje predstavljaju građevinsko izgrađeno i uređeno zemljište pod uslovom da se time ne poremeti osnovna namena prostora i bezbednost saobraćaja. Urbana oprema se postavlja na osnovu *odobrenja za postavljanje urbane opreme* koje donosi gradonačelnik jedinice lokalne samouprave, saglasno Programu jedinice lokalne samouprave u kome se utvrđuje broj, vrsta i veličina urbane opreme, kao i lokacija i objekti na kojima se ona može postaviti (čl. 80-a).

Iz ovih odredba se može zaključiti da se urbana oprema, isto kao i privremeni objekti *“postavlja”*, a ne izgrađuje, i to na osnovu odobrenja za njihovo postavljanje koje je u saglasnosti sa Programom jedinice lokalne samouprave. Autori ovog rada smatraju da se urbana oprema treba tretirati kao pokretna stvar, s obzirom da se ne upisuje u javne knjige za upis prava na nepokretnosti i, prema tome, ona je stvar u stvarnopravnom smislu, tj. može biti objekat prava svojine i drugih stvarnih prava.

Na osnovu prikazane pozitivnopravne regulative o vrstama objekata koji se mogu nalaziti na građevinskom zemljištu, autori ovog rada nedvosmisleno zaključuju:

1) Na građevinskom zemljištu mogu se nalaziti objekti od trajnog karaktera, bespravno izgrađeni objekti, privremeni objekti i tzv. urbana oprema.

2) Autori ovog rada smatraju da pravo Republike Makedonije u diferenciranju objekata koji se mogu nalaziti na građevinskom zemljištu polazi od činjenice da li se objekt nalazi na osnovu odobrenja za građenje, kao upravnog akta, ili na osnovu odobrenja za postavljanje tog objekata.

3) Ukoliko se objekat nalazi na građevinskom zemljištu na osnovu odobrenja za građenje i pri tome je upisan u imovinskom listu u katastar nepokretnosti, kao javnoj ispravi za dokazivanje postojanja prava svojine, onda se u pravu Republike Makedonije smatra da se radi o trajnom objektu koji u stvari jeste nepokretna stvar.

4) Kad je objekat koji se nalazi na građevinskom zemljištu izgrađen bez odobrenja za građenje ili u suprotnosti sa odobrenjem za građenje, zakonodavac smatra da se radi o bespravno izgrađenom objektu koji se evidentira u evidentnom listu u katastru nepokretnosti koji nije javna isprava za dokazivanje postojanja

prava svojine i da pri tome taj objekat ne predstavlja stvar u stvarnopravnom smislu reči.

5) Ako se objekat nalazi na građevinskom neizgrađenom zemljištu na osnovu odobrenja za postavljanje, u makedonskim urbanističkim propisima se smatra da je taj objekat privremeni objekat, i on se ne upisuje (uknjižuje) u katastar nepokretnosti, pa se, prema tome, smatra da je takav objekat pokretna stvar.

6) Kad se objekat se nalazi na građevinskom izgrađenom zemljištu na osnovu odobrenja za postavljanje, zakonodavac kvalifikuje ove objekte kao urbanu opremu koja se ne upisuje u katastar nepokretnosti, pa prema tome predstavlja pokretnu stvar.

*Novine u pogledu pravnog regulisanja objekata od trajnog karaktera
u pravu Republike Makedonije*

Analiza urbanističkog zakonodavstva Republike Makedonije (Zakon o građevinskom zemljištu, Zakon o građenju, Zakon o katastru nepokretnosti i Zakon o postupanju sa bespravno izgrađenim objektima) pokazuje da su na terenu građenja objekata od trajnog karaktera nastale značajne novine koje su predmet razmatranja ovog rada. Sve ove novine su rezultat urbanističkih potreba odnosno njima se želi olakšati proces gradnje.

U prikazu novina prvo će biti reči o novoj regulativi u vođenju upravnog postupka za izdavanje odobrenja za građenje.

1. U ovom pogledu prva krupna novina odnosi se na nove nosioce prava građenja, odnosno investitora. U ovom smislu, do donošenja izmene Zakona, nosilac prava građenja (investitor) prema člana 13. Zakona o građenju je: a) pravno ili fizičko lice koje je vlasnik zemljišta na koje se gradi gradnja; b) lice koje je steklo pravo dugotrajnog zakupa na građevinskom zemljištu; c) koncesionar; d) nosilac prava službenosti radi građenja; e) lice kome je preneto pravo građenja od strane vlasniku zemljišta ili nosioca prava dugotrajnog zakupa, i f) drugo lice koje je steklo pravo građenja saglasno Zakonu.

Nova promena, tj. novi član 13-a Zakona o građenju određuje i novog nosioca prava građenja, a to su javna preduzeća i drugi subjekti koje je osnovala Vlada, Skupština ili jedinice lokalne samouprave i koji su nosioci prava trajnog korišćenja na građevinskom zemljištu radi izgradnje objekta saglasno Zakonu o građevinskom zemljištu¹⁴ i koji mogu da prenesu svoje pravo građenja na drugo

¹⁴ Prema Zakonu o građevinskom zemljištu, na građevinskom zemljištu u svojini Republike Makedonije može se zasnovati novo tzv. "pravo trajnog korišćenja radi gradnje na građevinskom zemljištu", koje se pravo ne sme poimati sa pravom trajnog korišćenja kao reminiscencije društvene

fizičko ili pravno lice (ukoliko dobiju saglasnost od Vlade Republike Makedonije i to putem javnog poziva ili putem dostavljanja ponuda).

Pored ovog novog nosioca, Zakon o građenju predviđa još jednog nosioca prava građenja, a to je *“lice koje je steklo pravo građenja rešenjem stečajnog sudi je doneto u stečajnom postupku.”* Uvođenje ovog lica za investitora u pravnoj regulativi posledica je činjenice što su u pravnom životu Republike Makedonije nastale situacije da je veći broj investitora, nakon stečenog odobrenja za građenje, došao u situaciju da ne može ispunjavati dužničke obaveze do tog stepena da je prema njima bio otvoren stečajni postupak. S obzirom da u takvim situacijama nisu postojale odredbe na osnovu kojih bi sud preneo pravo građenja, zakonodavac je taj problem rešio propisivanjem da i ovi subjekti mogu biti nosioci prava građenja. Istovremeno, sa ovom izmenom vrši se i nova, tj. dopunjuju se odredbe o promeni investitora kojima se, između ostalog, propisuje i promena investitora na osnovu rešenja stečajnog suda (ukoliko ispunjava uslove da bude investitor).

2. Druga krupna novina odnosi se na sprovođenje upravnog postupka u vezi građenja objekata od trajnog karaktera. U ovom kontekstu autori ovog rada žele ukazati da u Republici Makedoniji postoje dve vrste gradnje, za razliku od ranijeg Zakona o građenju iz 2005. koji je propisivao pet kategorije gradnje, i to gradnje prve kategorija i gradnje druge kategorije. Član 57. Zakona o građenju nabraja koje su gradnje prve kategorije, a koje druge kategorije. Prema stavu 1. člana 58. Zakona, gradnje prve kategorije su one gradnje koje su od značaja za Republiku i za koje odobrenje za građenje izdaje organ državne uprave koji je nadležan za obavljanje radova iz oblasti uređenje prostora (Ministarstvo za transport i veze). Prema stavu 2. člana 58. Zakona, gradnje iz druge kategorije su one gradnje lokalnog značaja za koje odobrenje za građenje izdaje gradonačelnik jedinice lokalne samouprave. Postoje izuzeci kada u određenim područjima (tehnološke industrijske razvojne zone, slobodne zdravstvene zone, industrijske zelene zone itd) odobrenje za građene izdaje drugi organ (Direkcije, Agencije) koji obavlja radove u vezi ovih područja.

Ova druga novina Zakona, ustvari, odnosi se na novu formu za vođenje upravnog postupka oko izdavanja odobrenja za građenje. Prema stavu 2. člana 59. investitor podnosi zahtev nadležnom organu za dobijanje odobrenja za građenje i to u elektronskoj formi (u zavisnosti od kategorije gradnje). Prema novom članu 59-e Zakona i nadležni organ za izdavanje odobrenja za građenje je dužan da sprovodi postupak elektronskim putem, tj. pomoću informacijskog sistema nazvanog *“e-odobrenje za građenje”*. Stav 3. istog člana Zakona sadrži čak i decidnu

svojine koje je bilo regulisano u članu 29. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (*Sl. list SFR Jugoslavije*, br. 6/80 i 36/90). Videti: čl. 14. Zakon o građevinskom zemljištu...

odredbu prema kojoj je odobrenje za građenje, koje nije izdato u ovoj elektronskoj formi, ništavo.

3. Treća krupna novina Zakona o građenju je povećanje transparentnosti u postupku donošenja odobrenja za građenje. Ova transparentnost sprovodi se na dva načina. Prvi način je informisanje neposrednih suseda o donetom odobrenju za građenje. Nadležni organ koji je doneo odobrenje za građenje, prema članu 62-a Zakona, dužan je da u roku od tri dana od njegovog donošenja izvesti neposredne susede koji se graniče sa tom građevinskom parcelom o izdatom odobrenju, ukazujući im pri tome *“da oni imaju pravo u roku od 15 dana od dana izdavanja odobrenja mogu izvršiti uvid u dokumentaciju.”* Ukoliko neposredni susedi ne izvrše uvid ili ne ulože žalbu protiv odobrenja za građenje u roku od 15 dana od dana izdatog odobrenja, to odobrenje postaje pravnosnažno. Želimo ukazati da prema Zakonu o upravnim sporovima (Закон за управните спорови)¹⁵ neposredni susedi u ovom postupku imaju i pravo na pokretanje upravnog spora pred Upravnim sudom u roku od 30 dana od donošenja konačnog upravnog akta. Začudo je što nova odredba tj. član 65-a Zakona o građenju propisuje da u slučaju da odobrenje za građenje nije postalo pravnosnažno zbog toga što je žalilac poveo upravni spor, a zbog toga investitor nije počeo sa izgradnjom pre pravnosnažnosti, *onda investitor ima pravo da traži ne samo nadoknađivanje štete već i nadoknađivanje izgubene dobiti od žalioca, ukoliko tužbeni zahtev žalioca bude odbijen kao neosnovan ili nedopušten?!* Fakat je da je šikanozno pokretanje upravnog spora od strane suseda moguće, no pitanje autora ovog rada je da li se abusus u ovom slučaju treba razrešiti ovim putem s obzirom da žalioci koriste dopušteni propisani pravni put i pravni lek (tužbu)?! Gubljenje spora, prema autorima ovog rada nije dokaz za postojanje abususa, pa zato smatramo da abusus treba posebno biti dokazan u parničnom postupku. Ukoliko se abusus dokaže i ukoliko se dokaže da je šteta posledica abususa, tek onda se može primeniti odredba ove propisane zakonske novine.¹⁶

Drugi način poboljšanja transparentnosti u postupku izdavanja odobrenja za građenje je propisana dužnost nadležnog ograna za izdavanje odobrenja za građenje da po njegovoj pravnosnažnosti, u roku od tri dana, dostavi jedan primerak izdatog odobrenja nadležnom organu za vođenje javne knjige za upis prava na nepokretnosti.¹⁷ Ova dužnost je predviđena radi pribeležavanja i uslovnog

¹⁵ Sl. vesnik na RM, br. 62/06.

¹⁶ Više o abususu videti: V.V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, Nomos, Beograd, 1997, str. 1-4. Isto i: R. Živkowska, *Opšt del na gražanskoto pravo*, Evropa 92, Skopje, 2011, str. 123-126.

¹⁷ Nadležni organ za upis prava nepokretnosti je Agencija o katastru nepokretnosti koja prema Zakonu o katastru nepokretnosti predstavlja organ Vlade, tj. samostalni upravni organ. Videti:

uknjiženja u javnoj knizi u kojoj je upisano pravo svojine zemljišta. Zaključuje se da se ovim putem, pomoću načela javnosti, ostvaruje i princip pravne sigurnosti, tj. sva treća lica mogu saznati za izgradnju trajnog objekata.¹⁸

4. Četvrta novina sadržana u Zakonu o građenju odnosi se na odgovornost ovlašćenog lica za izdavanje odobrenja za građenje. Naime, prema novom, izmenjenom članu 61, ukoliko nadležni organ izda odobrenje za građenje u suprotnosti sa Zakonom, ili ne odluči u zakonom određenom roku po zahtevu investitora, onda to službeno lice snosi krivičnu odgovornost prema odredbama Krivičnog zakonika (Кривичен законик).¹⁹ Autori ovog rada smatraju da je, u slučaju da je nadležni organ izdao odobrenje za građenje koje je u suprotnosti sa Zakonom, sasvim opravdano što Zakon propisuje postojanje krivične odgovornosti. Međutim, u drugoj situaciji tj. kad nadležni organ ne odluči u predviđenom roku, autori smatraju da se ne radi o protivpravnoj radnji već samo o “*ćutanju administracije*” i za tu situaciju bi Zakon trebalo da propiše druge vrste sankcije (novčanu kaznu npr). Pored krivične odgovornosti službenog lica, Zakon u članu 62, kao novinu, propisuje i odgovornost organa za prouzrokovanu štetu investitoru u slučajevima rušenja građevinskog objekta izgrađenog na osnovu ništavog odobrenja za građenje. Ova odredba prema Zakonu primenjuje se samo u slučajevima kad je ništavost odobrenja posledica postupaka nadležnog organa.

5. Peta novina iz Zakona o građenju je *donošenje odobrenja za građenje koje glasi na idealnim ili realnim delovima gradnje* (čl. 59-d st. 2). Nesumnjivo je da ova novina predstavlja veoma racionalno rešenje u urbanističkom pravu zbog toga što omogućava zadovoljavanje različitih potreba investitora u procesu građenja. Ovim putem, tj. izdavanjem zajedničkog odobrenja za građenje većem broju investitora nesumnjivo je da se u startu postupka omogućava rešavanje imovinskopravnih odnosa u pogledu sticanja prava svojine na posebnim delovima zgrade, čime se sprečavaju eventualni sporovi u pogledu deobe posebnih delova zgrada.

6. Šesta novina Zakona o građenju odnosi se na izmene regulative u pogledu instituta “*promena investitora*” (nosioca prava građenja) tokom procesa građenja. Pre donošenja ovih novina Zakon o građenju propisivao je da do promena investitora (nosioca prava građenja) može doći samo putem ugovora zaključenog između ranijeg i novog investitora (koji ispunjava uslove da bude investitor u smi-

čl. 6. Zakona o katastru nepokretnosti. O statusu Agencije o katastru nepokretnosti videti više kod: R. Živkovska, T. Pržeska, S. Dimova, N. Petruševska, *Komentar na Zakonot za katastar na nedvižnosti*, Evropa 92, Skopje, 2013, str. 51-52.

¹⁸ Vidi: čl. 144 – javnost, 145 – tačnost i poverenje u javne knjige, Zakon o katastru nepokretnosti...

¹⁹ Sl. vesnik na RM, br. 37/96, 80/99,4/2002, 43/2003, 19/2004, 81/2005, 60/2006, 73/2006, 87/2007, 7/2008, 139/2008, 114/2009,51/11, 135/11, 185/11, 42/12, 166/12, 55/13, 82/13, 14/14, 27/14, 28/14, 41/14, 115/14, 132/14,160/14 i 199/14.

slu Zakona). Prema poslednjim, novim rešenjima, tačnije prema članu 70-a Zakona, do promene investitora može doći i putem odluke stečajnog sudije. Ustvari, odluka stečajnog sudije predstavlja pravni osnov za donošenje rešenja od strane nadležnog organa, kojim se vrši promena investitora i koje postaje sastavni deo građevinsko-tehničke dokumentacije i kao takvo upisuje se u javnu knjigu za upisivanje prava na nepokretnosti.

7. Sedma značajna novina sadržana u izmenama i dopunama Zakona o građenju odnosi se na propisivanje rokova za izgradnju objekata. Prema novom članu 68. Zakona, gradnje prve i druge kategorija trebaju biti izgrađene u roku od 10 godina. Autori ovog rada smatraju da je ova odredba neprecizna i da je treba precizirati u smislu određenja početka toka roka. Tačnije, Zakon treba da predvidi da li ovaj rok počinje da teče od dana pravnosnažnosti odobrenja za građenje ili od dana započete gradnje koja prema Zakonu mora da bude započeta u roku od dve godine od dana pravnosnažnosti odobrenja za građenje. Na ovom mestu poželjno je podsetiti da nepoštovanje rokova za izgradnju propisanih ovim Zakonom, dovodi do prekršajne odogovrnosti investitora, tj. do novčane kazne čija je visina zavisa od kategorije gradnje.²⁰

Na kraju ovog poglavlja želimo da ukažemo da su trajni objekti, prema propisima Republike Makedonije, i infrastrukturni objekti uvedeni Zakonom o katastru nepokretnosti. Prema članu 2. stav 1. tačka 8. *“infrastrukturni objekat je objekat iz područja saobraćaja, zatim instalacije izvan ili ispod zemlje (vodovi) i elektronske komunikacijske mreže i sredstva, sa svim njihovim pridružnim instalacijama.”* Želimo samo potencirati da se odredbe o građenju, sadržane u Zakonu o građenju, odnose i na infrastrukturne objekte, kao trajne objekte, pa se stoga i sve novine u pogledu sticanja prava svojine na trajnim objektima putem građenja, kao zakonski način sticanja prava svojine, odnose i na građenje infrastrukturnih objekata.

Sticanje prava svojine objekata od trajnog karaktera putem legalizacije bespravno izgrađenih objekata

Objekti trajnog karaktera, prema zakonima R. Makedonije mogu nastati i putem legalizacije bespravno izgrađenih objekata. Pojam i postupak legalizacija bespravno izgrađenih objekata uređen je Zakonom o postupanju sa bespravno izgrađenim objektima iz 2011. godine. Ovaj Zakon kao bespravno izgrađene objekte *tretira sve one objekte koji su izgrađeni bez odobrenja za građenje ili suprotno odobrenju za građenje, kao i dograđivanje i nadgrađivanje gradnje, pomoćnih obje-*

²⁰ Prema članu 150. Zakona, kazna za prvu kategoriju gradnje iznosi 7000. evra, a prema članu 151. novčana kazna za drugu kategoriju iznosi 4000. eura.

kata, bazena za individualnu upotrebu, ukoliko su izgrađeni pre stupanja na snagu Zakona (čl. 2).

Zakon razlikuje bespravne objekte u tri kategorije: objekti od značaja za R. Makedoniju, objekti od lokalnog značaja i objekti zdravstvenih ustanova za primarnu, sekundarnu i tercijarnu zdravstvenu zaštitu. Izmenama i dopunama Zakona o postupanju sa bespravno izgrađenim objektima, njegove odredbe obuhvataju i legalizaciju linijskih infrastrukturnih objekata, kao i elektronskih komunikacijskih mreža i sredstava za koje su propisani i posebni uslovi u pogledu sticanje njihovog pravnog statusa.

Želimo napomenuti da je postupak za utvrđivanje pravnog statusa bespravnog objekata upravni postupak u kome nadležnost organa za sprovođenje ovog postupka zavisi od vrste objekta (čl. 4. st. 1). U ovom smislu, organ državne uprave koji obavlja radove iz oblasti uređivanje prostora sprovodi postupke za legalizaciju bespravnih objekata koji su od značenja za Republiku Makedoniju, kao i za objekte zdravstvenih ustanova za tercijalnu zaštitu i za elektronske komunikacijske mreže i sredstva. Za razliku od organa državne uprave, jedinice lokalne samouprave sprovode postupak za legalizaciju objekata od lokalnog značaja, kao i za objekte zdravstvenih ustanova za primarnu i sekundarnu zdravstvenu zaštitu. Bitno je napomenuti da u postupku utvrđivanja pravnog statusa bespravno izgrađenih objekata, nadležni organ donosi tzv. *urbanističku saglasnost* u roku od jedne godine od prijema zahteva za legalizaciju. Pri tome, ovu saglasnost organ donosi ukoliko bespravni objekat ispunjava zakonske uslove za utvrđivanje pravnog statusa bespravnog objekta. Ukoliko ne postoje ovi uslovi, onda nadležni organ donosi rešenje kojim odbija zahtev za utvrđivanje pravnog statusa bespravnog objekata. Fakat je da su dve činjenice primarne za donošenje rešenja za legalizaciju: prvo – da je objekat predviđen prema urbanističkoplanskoj dokumentaciji (uklopjen), i drugo – da za objekat bude rešen status zemljišta na kojem se nalazi taj objekat.

U pogledu pitanja statusa zemljišta na kome se nalazi objekat, osnovni tekst Zakona polazi od prezumcije da predmet legalizacije mogu biti samo bespravni objekti izgrađeni na zemljištu na kome njihov graditelj ima pravo svojine ili na zemljištu Republike Makedonije ili na zemljištu u svojini drugih lica sa kojima je graditelj imao zaključen ugovor o dugotrajnom zakupu. Osim ovih osnovnih situacija, izmene i dopune ovog Zakona, polazeći od nastale situacije u pravnom životu Republike Makedonije, propisale su i mogućnost legalizovanja objekata koji se nalaze na tuđem zemljištu (u svojini trećih lica, sa upisanim korisničkim pravom u korist trećih lica, sa prenesenim korisničkim pravom sa ranijeg vlasnika na treće lice i na zemljištu sa neupisanim pravima, kao i na zemljištu sa nerasčišćenim pravnim odnosima).

Utvrđivanje statusa bespravno izgrađenog objekata vrši se osnovu rešenja čime se utvrđuje da bespravni objekat isunjava uslove ukopljivanja objekata u urbanističko-plansku dokumentaciju, i da se može upisati u katastar nepokretnosti. Možemo zaključiti da pravnosnažno rešenje kojim se utvrđuje pravni status bespravno izgrađenih objekata u ovom slučaju predstavlja pravni osnov za upis prava svojine objekata u katastar nepokretnosti. Želimo napomenuti da prema članu 21. Zakona, u imovinskom listu, u koji se upisuje pravo svojine ovog objekta, Zakon propisuje i pribeleživanje da je taj objekat dobio pravni status saglasno Zakonu o postupanju sa bespravno izgrađenim objektima.

Može se konstatovati da i u ovom slučaju, tj. i kod ovih objekata njihovo nastajanje “*trajnosti*” zavisi, pre svega, od upisa u katastar nepokretnosti, što podrazumeva da nakon njihovog upisa oni menjaju svoj status i od tog momenta, isto kao i izgrađeni objekti, saglasno Zakonu o građenju, postaju trajni objekti. Autori ovog rada smatraju da u prvom slučaju – kad se radi o objektima trajnog karaktera izgrađenih saglasno Zakonu o građenju na osnovu odobrenja za građenje i njegovog upisivanja u katastar nepokretnosti, pravo svojine na ovim objektima nastaje na originarni (zakonski) način saglasno Zakonu o svojini i drugim stvarnim pravima.²¹ U drugom slučaju, kada se radi o trajnim objektima nastalim putem legalizacije bespravno izgrađenih objekata, smatramo da pravo svojine nastaje na osnovu rešenja za utvrđivanje pravnog statusa i njegovim upisivanjem u javnu knjigu za upisivanje prava na nepokretnosti, tj. ovo pravo nastaje saglasno odluci nadležnog organa na osnovu Zakona.²²

²¹ Prema članu 112. st. 1 “*Pravo svojine stiče se zaknom, na osnovu pravne radnje i nasleđivanjem*”. Prema članu 113: “*Prema zakonu, pravo svojine stiče se stvaranjem nove stvari, mešanjem i spajanjem, građenjem na zemljištu, održajem, odvajanjem plodova...*”

²² Prema članu 112. st. 2: “*Pravo svojine se stiče i odlukom nadležnog organa, na način i uslovima određenih zakonom*”, Isto.

RODNA ŽIVKOVSKA, LL.D.,

Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus" in Skopje

TINA PRŽESKA, LL.D.,

Professor, Faculty of Law "Iustinianus Primus" in Skopje,

University "Ss. Cyril and Methodius", Skopje.

NOVELTIES IN REGULATING PERMANENT STRUCTURES IN MACEDONIAN LEGISLATION

Summary

The paper titled "Novelties in regulating permanent structures in Macedonian legislation" consists of three parts. In the first part of the paper the authors present the types of structures that may be found on construction grounds according to Macedonian legislation. The paper shows that there are four types of structures: permanent structures, illegal structures, temporary structures and urban equipment. The paper shows that permanent structures are those that are built on construction grounds with building permit and other necessary documentation. As such these structures are registered in public records for registration of rights on real estate (Real Estate Cadastre). Taking into account that permanent structures are registered in the Real Estate Cadastre, the authors conclude that these structures are to be considered as real estate.

Analyzing permanent structures the authors demonstrate that according to urban legislation these structures are different from structures under construction. The paper shows that structures under construction are divided in two categories – first and second. Upon handing over the structure and its registration in the Real Estate Cadastre the structure under construction becomes permanent structure. The paper shows that illegal structures are the ones built without building permit. They are only recorded but not registered in the Real Estate Cadastre since they can't be objects of property rights. Regarding temporary structures, the papers shows that they are placed on construction ground on bases of a decision for placement, and they are not registered in the Real Estate Cadastre. For this reasons, the authors conclude that these structures are to be considered as movable objects. Also, the authors note that urban equipment is also to be considered as movable object, but unlike temporary structures, urban equipment is placed on construction ground that is already built. The Central part of the paper is dedicated to the analysis of the legal regime of permanent structures. Seven novelties are subject to analysis: 1. Widening the circle of persons who can obtain the status of a investor; 2. Introducing the digital proceedings for issuing building permits; 3. Increasing transparency in the proceedings for issuing building permits; 4. Increasing responsibility of the authorized personal for issuing building permits; 5. Issuing building permits for ideal and real parts of structures and 7. The introduction of new deadlines for terminating construction.

In the third part of the paper the authors demonstrate that in the legal system of the Republic of Macedonia permanent structures may also be created by legalization of illegal structures. In the process of legalization, as it is explained by the authors, illegal structures become permanent structures after a decision is rendered determining its legal status and then these structures may be registered as real estate according to the Law for Real Estate Cadastre.

NALAZ TUĐE IZGUBLJENE STVARI U UPOREDNOM PRAVU I BUDUĆEM SRPSKOM PRAVU

U V O D

Pravne posledice nalaza tuđe stvari važne su prevashodno u domenu stvarnog prava, jer figuriraju kao potencijalni način sticanja i prestanka privatne, odnosno javne svojine; kao i u sferi obligacionog prava, u vidu određenih naknada na koje savesni nalazač izgubljene stvari ima pravo. U pozitivnom pravu Republike Srbije¹ nalaz *izgubljene stvari*² nije regulisan kao način sticanja privatne svojine, već isključivo državne i to izuzetno, pod određenim uslovima.³ Budući da je ovaj institut u srpskom pravu normiran još uvek važećim Uputstvom vlade FNRJ

Aleksandra Pavićević, asistent na užoj građanskopravnoj naučnoj oblasti Pravnog fakulteta Univerziteta u Kragujevcu.

¹ Nalaz izgubljene stvari u pozitivnom pravu Republike Srbije regulisan je u 13 tačaka Uputstva vlade FNRJ iz 1949. "Sl. list FNRJ", br. 93/1949. U daljem tekstu: Uputstvo.

² Budući da u domaćem pozitivnom pravu ne postoji zakonska definicija pojma izgubljene stvari, a istovremeno postoji spor u doktrini o pojedinim elementima ovog pojma, autor predlaže prihvatanje sledeće definicije pojma izgubljena (tuđa) stvar: "*Izgubljena stvar je pokretna stvar, slučajno izašla iz poseđa držaoca protivno njegovoj volji, tako da on više ne zna gde se stvar nalazi*". Više o tome u: A., Pavićević, Pojam izgubljene stvari. *Pravni život*, 2014, knj. 569, br. 5–6, str. 103–116.

³ Protekom roka od godinu dana u kome se izgubilac: 1) nije javio, ili se 2) jeste javio, ali nije dokazao svoje pravo na državinu ili 3) odbija da primi stvar - nađena stvar postaje *opštedržavna svojina*.

iz 1949., čini nam se da je ovaj trenutak, u kome se vodi javna rasprava o sadržini Nacrta budućeg građanskog zakonika Srbije⁴, pravi za ocenu svrsishodnosti ovog relativno prevaziđenog rešenja i koncipiranje novog, adekvatnijeg⁵. U cilju davanja odgovora na postavljeno pitanje, a imajući u vidu kompleksnost problematike nalaza tuđe stvari, naš cilj je da u radu izvršimo komparativnu analizu zakonskih rešenja o pravnim posledicama ove vrste nalaza u različitim državama Evrope. Naš uzorak za istraživanje u radu čini 9 stranih regulativa: najpre, evropskih zemalja sa najdužom tradicijom građanskih zakonika (Francuska, Austrija, Nemačka i Švajcarska); a potom i rešenja država sa prostora bivše Jugoslavije, koje su poslednjih godina donele nove stvarnopravne zakone i u njima eksplicitno regulisale institut nalaza tuđe stvari. Rešenja inostranih regulativa izložena su po redosledu donošenja, u cilju komparacije sa domaćim pravom uz akcenat na: 1) određenju lica sa svojstvom izgubioca; 2) pravima nalazača u slučaju pronađenog izgubioca; kao i 3) mogućnosti sticanja svojine na nađenoj stvari, u hipotezi nepojavljivanja izgubioca u zakonom predviđenom roku.

Ciljevi naših analiza su stoga dvostruki: a) najpre, utvrđivanje dominantnog modela regulative nalaza tuđe stvari u Evropi; a zatim i b) poređenje sadašnjeg i predloga budućeg srpskog rešenja sa dominantnim evropskim modelom, u cilju ocene njegove adekvatnosti.

FRANCUSKO PRAVO

Francuskim građanskim zakonikom (CC)⁶ institut nalaza izgubljenih stvari nije regulisan u knjizi III u kojoj su predviđeni različiti načini sticanja svojine. Čl. 717 CC⁷ je ipak propisano da je pravo na izgubljenim stvarima čiji se vlasnik

⁴ Predlog regulative nalaza izgubljene stvari sadržan je u čl. 1776-1790 Nacrta Građanskog zakonika Republike Srbije, Treća knjiga - Stvarno pravo, Deo prvi, Odeljak drugi – sticanje prava svojine, Odsek VII. Tekst dostupan na internet adresi: <http://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>. U daljem tekstu Nacrt.

⁵ Više o pozitivnopravnoj regulativi nalaza tuđe izgubljene stvari videti: A., Pavićević, Pravne posledice nalaza izgubljene stvari u srpskom pravu *de lege lata* i *de lege ferenda*, *Glasnik prava*, 2014, god. V, br. 1, str. 35-51.

⁶ Francuski građanski zakonik iz 1804. (internet adresa: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&idArticle=LEGIARTI000006430637>). U daljem tekstu FGZ.

⁷ Čl. 717 FGZ: "Pravo na stvarima bačenim u more, ili predmetima koje je more izbacilo, bez obzira na njihovu prirodu, nad biljnim svetom koji raste na obalama mora je regulisano posebnim propisima. Isti slučaj je i sa izgubljenim stvarima čiji se vlasnik ne pojavljuje."

ne pojavljuje regulisano *posebnim propisima*⁸. Reč je o tzv. Administrativnoj polisi o izgubljenim predmetima, kao i o propisima o predmetima ostavljenim u hotelu ili transportnom sredstvu.⁹ Njima je predviđeno da nađeni nepreuzeti predmeti budu predati licu koje ih je našlo po isteku određenog roka. Dakle, ovim nije precizirano koje pravo nalazač stiče tom predajom: pravo svojine, upotrebe ili je nadalje samo savesni ovlašćeni držalac stvari do momenta pojavljivanja vlasnika. Pravni pisci ističu da se aktom predaje stvari nalazaču ne utiče na odnos između vlasnika stvari kao izgubioca i novog držaoca, što možda znači da on još uvek stvar može vindicirati. Pravo svojine prethodnog vlasnika zaštićeno je predviđanjem trogodišnjeg roka za povraćaj izgubljene stvari¹⁰, dakle vremenski ograničeno.¹¹ To bi značilo da zasnivanjem državnine na nađenoj stvari - nalazač stiče svojinu na njoj. Ipak, pošto se nalaz tuđe stvari mora prijaviti nadležnom organu, zaključujemo da savesni nalazač u francuskom pravu svakako ne može steći pravo svojine na nađenoj stvari automatski prisvajanjem (jer izgubljena stvar nije napuštena). Spornom se, izgleda, čini kvalifikacija prava koje nalazač stiče predajom stvari u posed od strane nadležne službe u slučaju nepojavljivanja vlasnika. Smatramo da u slučaju da vlasnik nije povratio stvar u zakonom predviđenom trogodišnjem roku, predaja iste nalazaču u državinu znači njegovo sticanje svojine na nađenoj stvari.¹²

AUSTRIJSKO PRAVO

Današnje rešenje Austrijskog građanskog zakonika¹³ o nalazu izgubljene stvari sadržano je u odredbama §388 do §397. Prva specifičnost ovog zakona je

⁸ Po našem saznanju, to su posebni opštinski propisi (podzakonski akti).

⁹ J. L. Bergel, M. Bruschi, S. Cimamonti, *Traité de droit civil. Les biens*, Paris, 2000. p. 249.

¹⁰ Čl. 2279 stav 2 FGZ.

¹¹ Način sticanja svojine na pokretnostima u francuskom pravu, koncipiran je čl. 2279, stav 1, po kome: "Za pokretne stvari, državnina predstavlja osnov". Ovim je uvedena pretpostavka svojine u korist svakog držaoca stvari. U teoriji se ističe da je ovde veza svojine i državnine tako tesna da se one poistovećuju, što onemogućava vindiciranje stvari, jer držalac nije samo držalac, već i novi vlasnik. Videti: N. Planojević, *Sticanje svojine od nevlasnika*, Kragujevac, 2008, str. 59.

¹² Dakle, cilj pomenutih administrativnih propisa je regulisanje procedure prijave nalaza izgubljene stvari čime se prevashodno omogućava vlasniku da sačuva pravo svojine. Time se, ipak, samo privremeno derogira opšta zakonska odredba kojom se državnina pokretnih stvari izjednačava sa svojinom. Tek protekom roka u kome se stvar može povratiti prestaje "zakonska smetnja" da nalazačeva državnina znači i svojinu, što je opšte pravilo FGZ.

¹³ Austrijski građanski zakonik iz 1811. sa novelama (Justizgesetzsammlung). Dostupan na internet adresi: (https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetze_snummer=10001622).

preciziranje razlike između izgubljenih i zaboravljenih stvari,¹⁴ što je praktično rešenje (zbog dilema u doktrini), atipično za građanske kodekse u kojima ovakvo određenje najčešće izostaje. Prema zakonu, u oba slučaja reč je o pokretnim stvarima, "izašlim" iz poseda držaoca mimo njegove volje. Razlika je u tome što prve nisu više ni u čijoj vlasti, a druge su, budući ostavljene bez nadzora na određenom mestu, time dospele pod tuđu faktičku vlast, usled čega se razlikuje i visina nalazačke nagrade. Ovakvo rešenje smatramo posledicom procene zakonodavca da nalazača izgubljene stvari treba više nagraditi, budući da je stvar izgubljena na nepoznatom mestu, uz malu verovatnoću da je izgubilac sam nađe (pa je prijava nalaza utoliko značajnija).¹⁵

I. *Kada izgubilac nije nađen.* – Izgubiocem se smatraju vlasnici i druga lica koja imaju pravo na državinu izgubljene ili zaboravljene stvari.¹⁶ Obaveza prijave nalaza nakon zasnivanja faktičke vlasti na stvari postoji, osim ako je: 1) nalazač stvar odmah predao izgubiocu ili 2) ako je u pitanju stvar neznatne vrednosti čija je gornja granica fiksno određena (10 €). Ipak, u ovom drugom slučaju obaveza prijave nalaza ne postoji samo ako je "očigledno da takva stvar nije za izgubioca od velikog značaja".¹⁷ Dakle, zakonodavac je priznao relevantnost afekcione vrednosti izgubljene stvari uprkos neznatnoj tržišnoj, što je dobro rešenje kojim je maksimalno zaštićen interes izgubioca. Prava nalazača su dvojaka: nadoknada nužnih i korisnih troškova oko stvari, kao i pravo na nalazačku nagradu: 10% od vrednosti nađene stvari, tj. 5% od vrednosti zaboravljene. Za stvari vrednosti preko 2000 € nagrada sleduje u duplo manjem procentu u obe situacije.¹⁸

Pravo na nalazačku nagradu ne postoji ako je: 1) stvar nađena u okviru obavljanja suverene delatnosti (pr. nalaz policajca, čuvara objekta); 2) nalazač krivično odgovoran zbog povrede zakonskih obaveza predviđenih ovim odredbama; 3) ako bi zaboravljena stvar ionako bila povraćena od strane izgubioca.¹⁹ Ovu

¹⁴ Videti: § 388 AGZ.

¹⁵ Obrnuto, zaboravljena stvar je ostala na poznatom mestu, pa su šanse da je izgubilac sam nađe veće, tj. manje je ugrožen opstanak državine kada je stvar zaboravljena nego izgubljena, jer je stvar pod nečijim nadzorom, zbog čega je i iznos nagrade manji. Ovo je ujedno i svojevrsna potvrda istaknute razlike između pojma izgubljene i zaboravljene stvari, te stoga pravne posledice njihovog nalaza i treba zasebno regulisati.

¹⁶ § 389 stav 2 AGZ.

¹⁷ § 391, stav 2 AGZ.

¹⁸ §393 AGZ. Smisao ove odredbe je zaštita interesa izgubioca, jer bi za vredne izgubljene stvari morao da isplati previsoku nagradu. Nalazač je dovoljno stimulisan i duplo nižom nagradom s obzirom na vrednost nađenog. Kod stvari neprocenjive vrednosti i onih koje su za izgubioca od velikog značaja nagrada se određuje po "pravičnoj proceni" (shodno okolnostima).

¹⁹ § 394 AGZ.

odredbu smatramo adekvatnom, jer njome se negira obaveza isplate nagrade “nalazaču” u situaciji nepostojanja objektivne opasnosti od gubitka državine stvari, kada prijavljivanje nalaza tuđe stvari spada u profesionalne obaveze nalazača ili postupanje nalazača ima obeležja krivičnog dela.

II. *Kada izgubilac nije nađen.* – Istekom jednogodišnjeg roka u kome se izgubilac nije pojavio, poštenu nalazač stiče svojinu na nađenoj stvari.²⁰ Po mišljenju pravne teorije, pravna priroda sticanja nije prisvajanje ni u slučaju stvari neznatne vrednosti, jer stvar nije bila bez vlasnika, već takođe protekom roka kao posebnim načinom sticanja svojine *ex lege*.²¹ Smatramo da protek roka nije potreban kao uslov sticanja svojine, jer je reč o zakonom predviđenom izuzetku, kojim se odstupa od procedure prijave upravo zbog neznatne vrednosti stvari, što rezultira automatskim sticanjem svojine nalazom.

NEMAČKO PRAVO

Ovaj pravni institut je najiscrpnije regulisan odredbama Nemačkog građanskog zakonika²² i to kao poseban način originarnog sticanja svojine.

I. *Kada je izgubilac nađen.* – *Izgubiocem* se smatra vlasnik stvari, držalac sa pravom na državinu, ali i bespravni držalac stvari²³. U nemačkoj pravnoj teoriji se naglašava da nalazač uvek može da preda stvar izgubiocu sa oslobađajućim dejstvom, čak i ako poznaje lice sa pravom na državinu.²⁴ Ovo rešenje smatramo najadekvatnijim, jer omogućava povraćaj u pređašnje stanje, što i jeste cilj ovog postupka.

U slučaju zasnivanja faktičke vlasti na nađenoj stvari, nastaje dužnost nalazača na predaju iste vlasniku ili bilo kom drugom izgubiocu, odnosno policiji, pri čemu se razlikuju dve situacije. 1. Nalazač uvek mora da preda nalaz poznatom licu sa “pravom prijema stvari.”²⁵ 2. Pošto je to lice najčešće nepoznato, razlika se pravi između nalaza stvari velike i male vrednosti, pri čemu se samo prvi mora

²⁰ Videti: § 395 AGZ

²¹ H. Koziol, R. Welser, *op.cit.* p. 60.

²² Videti: § 965 do § 983 Nemačkog građanskog zakonika iz 1896. god. (internet adresa: http://www.gesetze-iminternet.de/englisch_bgb/). U daljem tekstu NGZ.

²³ Videti: § 969 NGZ.

²⁴ Gierke DPrP II 534; Planck – Broadman uz § 969 kom. 3; nav. prema: H. Westerman, *Sachenrecht*, Münster, 1960. p. 293.

²⁵ Ovaj termin je autentičan, koncipiran isključivo ovim zakonskim tekstom, a u cilju označavanja lica ovlašćenog da nađenu stvar primi, kao njen dotadašnji držalac. Obaveza povraćaja poznatom “licu sa pravom prijema stvari” postoji čak i u slučaju nalaza male vrednosti (manje od 10

prijaviti policiji. Ovo rešenje smatramo adekvatnim, jer je neracionalno ulagati u čuvanje ovakvih stvari i traganje za izgubiocem, s obzirom na njihovu neznatnu vrednost. Utajivanje, u situaciji obavezne prijave nalaza, za posledicu ima gubitak prava na nalazačku nagradu i isključuje mogućnost eventualnog sticanja svojine.²⁶

Obaveza čuvanja stvari je dužnost nalazača,²⁷ ali se ove obaveze može osloboditi predajom stvari policiji (što na njen zahtev i mora da učini), pri čemu između ovog organa i lica ovlašćenog da nađenu stvar povрати nastaje javno - pravni odnos čuvanja stvari. U slučaju da nalazač čuva stvar, a postoji opasnost od kvarenja ili je održavanje stvari nesrazmerno skupo s obzirom na njenu vrednost, nalazač je dužan da stvar izloži javnoj prodaji.²⁸ Specifičnost NGZ je u tome što je obaveza javne prodaje nađene stvari u većini zemalja rezervisana za nadležne vlasti, što nalazačeve obaveze povodom čuvanja iste čini najkompleksnijim u ovom zakonskom tekstu.²⁹

Prava poštenog nalazača su dvojaka: na naknadu troškova čuvanja stvari i nalaženja lica i na nalazačku nagradu, čija visina varira u zavisnosti od vrednosti stvari. U cilju namirenja nalazačke nagrade nalazaču je eksplicitno priznato *pravo retencije*.³⁰ Visina nagrade iznosi 5% od vrednosti stvari do 500 €; 3% ako je vrednost stvari veća, i 3% u slučaju izgubljene životinje, tj. odmerava se "prema okolnostima slučaja" (za stvari vredne lično izgubiocu).³¹ Razliku u visini nagrade

€). U nemačkoj pravnoj teoriji smatra se pogrešnim shvatanje da ovakav nalaz on sme da prisvoji, sa čime se slažemo. H. Westermann, *op. cit.*, str. 293.

²⁶ § 965 NGZ.

²⁷ Konkretno radnje na koje je nalazač obavezan zavise od vrste čuvane stvari: vredan komad nakita mora da obezbedi od krađe na uobičajeni način; a ako to ne može uraditi sam, mora ga predati banci. U slučaju izgubljene životinje obavezan je na njeno hranjenje. Stvari sklone propadanju izlažu se javnoj prodaji, te prihod ostvaren njome stupa na mesto stvari (realna subrogacija). V. H. Westermann, *op. cit.*, p. 293.

²⁸ § 966 NGZ.

²⁹ Pritom, čuvanje nađene stvari je u NGZ, za razliku od rešenja većine analiziranih zakonika, primarno namenjeno nalazaču, pa tek onda državi (što opravdava redosled potencijalnog sticanja svojine).

³⁰ Ovo smatramo suštinskim za zaštitu interesa nalazača, budući da je pravo na nagradu osigurano pravom zadržavanja nađene stvari do momenta prijema nagrade. Bez izričitog zakonskog predviđanja prava retencije u ovoj situaciji, nalazač isto ne bi imao, jer nedostaje opšti uslov za vršenje prava retencije: da je stvar voljno izašla iz državine izgubioca. Videti: § 972 NGZ (*Zurückbehaltungsrecht des Finders*). "Auf die in den § 970, 971 bestimmten Ansprüche finden die für die Ansprüche des Besitzers gegen den Eigentümer wegen Verwendungen geltenden Vorschriften der § 1000 bis 1002 entsprechende Anwendung."

³¹ § 971 NGZ.

smatramo opravdanom s obzirom na potrebu sveobuhvatne zaštite interesa izgu-
bioca, a usklađenu i sa afekcionom vrednošću stvari u konkretnom slučaju.

II. *Kada izgubilac nije nađen.* – Protekom prekluzivnog šestomesečnog roka od prijavljivanja nalaza *nalazač stiče svojinu* na stvari, osim ako mu je u međuvre-
menu postalo poznato lice sa “pravom prijema stvari” ili u slučaju njegovog jav-
ljanja nadležnoj vlasti. U nemačkoj doktrini isticano je da na ovaj način zakono-
davac nađenoj stvari želi da vrati “pravni život”.³² Stoga, u istom cilju, predviđa se
sticanje svojine na stvari od strane opštine mesta nalaza, i to supsidijarno, u sluča-
ju nalazačevog nezahtevanja svojine u ostavljenom roku.³³

Ipak, ono što nalazačev pravni položaj čini lošim i nesigurnim je trogodišnji
rok, od dana sticanja svojine, u kome bilo koje od lica koje je imalo pravo prije-
ma stvari³⁴ može tužbom tražiti naknadu štete zbog prestanka svog prava na stva-
ri trenutkom sticanjem svojine nalazača.³⁵

U nemačkoj pravnoj teoriji se zaključuje da ovo zakonom priznato pravo
regresa čini nesigurnim pravni položaj nalazača, zbog čega ovi pisci zaključuju da
se nalaženje stvari “ne isplati”.³⁶ Sa druge strane, *na stvarima nađenim u prostori-
jama javnih ustanova ili u sredstvima javnog prevoza*, mogućnost sticanja svojine
zakonom je isključena.³⁷ Dok austrijski zakonodavac ovakve stvari naziva zabo-
ravljenim i predviđa za njih duplo nižu nalazačku nagradu, nemački zakonoda-
vac ide i korak dalje: izuzima ovakve stvari od mogućnosti sticanja svojine. Time
je režim zasebnog regulisanja ovih dveju različitih vrsta stvari doslednije sproved-
en u NGZ.³⁸

³² H. Westermann, *op. cit.*, str. 295.

³³ Videti: § 976 NGZ. Ovo rešenje je po našem mišljenju dobro, jer drugopozvani na stica-
nje svojine, opština, time postaje sopstvenik na stvarima koje ne žele ni prethodni titular, ni nalazač,
kako bi se sprečilo njihovo propadanje.

³⁴ To su ona lica čija su stvarna prava na stvari prestala usled nalazačevog sticanja svojine.

³⁵ § 977 NGZ. Pravo regressa nastaje kao posledica povrede prava lica sa pravom prijema
stvari usled sticanja prava svojine nalazača prema § 973, § 974, odnosno opštine mesta nalaza pre-
ma § 976.

³⁶ J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz
und Nebengesetzen, Drittes Buch. Sachenrecht*, Berlin, 2002, p. 673; H. Westermann, *op. cit.*, p. 296.

³⁷ Takva stvar se predaje nekom od zaposlenih u ustanovi, pri čemu nalazaču, na njegov
zahtev, sledi nagrada u visini ½ predviđene § 971, uz uslov da je vrednost nađenog 50 € ili veća.

³⁸ Očigledno je da se ove stvari u dvema pomenutim regulativama, opravdano, ne poistove-
ćuju sa izgubljenim. Kontinuitet državine je na njima obezbeđen: zaposleni na ovakvim mestima, u
okviru radne obaveze, vrše nadzor nad svim stvarima koje se na datom prostoru zateknu, pa i nad
zaboravljenim. Oni nemaju svojstvo nalazača koji zasniva državinu na stvari, s pravom na nagradu i

ŠVAJCARSKO PRAVO

Odredbama Švajcarskog građanskog zakonika³⁹ institut nalaza izgubljene stvari uređen je čl. 720-722. Pojam izgubljene stvari nije zakonom definisan, ali je zato kreiran od strane doktrine.⁴⁰ Njime je prihvaćena šira koncepcija pojma izgubljenih stvari⁴¹ u odnosu na dosad analizirane, čime se ne uvažava već istaknuta razlika između pojedinih kategorija: zaboravljene i sakrivene stvari se neopravdano poistovećuju sa izgubljenim.

I. *Kada je nađen izgubilac.* Izgubiocem se smatra pređašnji držalac stvari, čime je prihvaćeno šire određenje ovog pojma, što smatramo praktičnim rešenjem, jer omogućava brz povraćaj u pređašnje stanje, poput NGZ. *Obaveza prijave nalaza* policiji postoji u slučaju da je izgubilac nepoznat, pod uslovom da je stvar vrednija od 10 franaka.⁴² *Čuvanje stvari* je obaveza nalazača, koju on mora obavljati prikladno, a uz dozvolu nadležne institucije i javno prodati (zbog sklonosti kvarenju ili skupog održavanja) nakon čega dobijeni prihod stupa na mesto

pravom na sticanje svojine. To je element koji izostaje kod izgubljenih stvari budući da niko nad njima ne vrši nadzor, sve dok nalazač na njima ne zasnuje svoju državinu.

³⁹ Švajcarski građanski zakonik iz 1907. god. (internet adresa: <http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/210.en.pdf>). U daljem tekstu ŠGZ.

⁴⁰ Izgubljenim stvarima smatraju se i one koje su dejstvom prirodnih sila nestale, kao i odbegle životinje, ali i stvari koje je vlasnik negde ostavio ili namerno sakrio, a bez volje da ih se odrekne. P. Tuor, B. Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, Zürich, 1979, p. 623. Autor kao primer navodi novčanice sakrivene ispod pokrivača nekog kreveta u kupeu spavaćih kola u vozu. 59 II 138. Cf. P. Bassenge-B. Danckel etc., Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, München, 1986, str. 1105.

⁴¹ O različitim definicijama pojma izgubljena stvar u domaćoj doktrini videti: Leksikon građanskog prava, Beograd, 1996. str. 1554; D. Popov, Sticanje prava svojine okupacijom stvari, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu, br. 1/2/2008, str. 361; I. Babić, Nalaz skrivenog blaga, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 56/2010, str. 41; R. Kovačević Kuštrimović, Stvarno pravo, Niš, 2011, str. 151; O. Stanković, M. Orlić, Stvarno pravo, Beograd, 1996, str. 118; I. Babić, Osnovi imovinskog prava, Uvod u građansko pravo i Stvarno pravo, Beograd, 2008, str. 257; Ž. Perić, Specijalni deo Građanskoga prava, Stvarno pravo, Beograd, 1920, str. 90; A. Đorđević, Nalazak izgubljenih stvari i blaga, Arhiv za pravne i društvene nauke, broj 1-2/2006, str. 264. O pojmu izgubljene stvari u rimskom pravu videti: M. Horvat, Rimsko pravo, Zagreb, 1967. str. 138; B. Eisner, M. Horvat, Rimsko pravo, Zagreb, 1948, str. 249.

⁴² Videti: čl. 720 ŠGZ. Stvar pronađenu u naseljenoj kući, u javnoj ustanovi ili u sredstvima prevoza treba predati kućepazitelju, zakupcu, upravniku, kada će se "nalazačem" smatrati ova lica, ali bez prava na nalazačku nagradu. Videti: čl. 722 ŠGZ. Obaveza predaje nađenih stvari licima koja vrše nadzor na ovakvim mestima, a ne policiji, kao i nepredviđanje nagrade u ovom slučaju, ukazuje na potrebu i za pojmovnim razlikovanjem ovih stvari. Ovim zakonikom nije koncipiran pojam zaboravljenih stvari, za razliku od AGZ, ali su opravdano prihvaćene različite pravne posledice njihovog nalaza u odnosu na izgubljene.

stvari (realna subrogacija).⁴³ *Prava nalazača* su: nadoknada troškova oko čuvanja stvari (traganja za izgubiocem) i pravo na “*pravičnu nagradu*”, kao posledica blagovremenog pojavljivanja vlasnika..⁴⁴

II. *Kada izgubilac nije nađen. Sticanje svojine* na nađenoj stvari od strane nalazača je konačna posledica proteka petogodišnjeg zakonskog roka (od prijave nalaza, tj. od dana nalaza za predmete neznatne vrednosti) uz prethodno ispunjenje zakonske obaveze.⁴⁵ Predviđanjem dugog roka za povraćaj stvari (najdužeg od svih prikazanih), švajcarski zakonodavac je podvukao značaj zaštite prava svojine prethodnog vlasnika, smatrajući supsidijarnom potrebu za usklađivanjem pravnog stanja sa faktičkim.

HRVATSKO PRAVO

Zakonom o vlasništvu i drugim stvarnim pravima (ZVSP)⁴⁶ je iscrpno regulisan ovaj pravni institut.⁴⁷ U duhu rešenja prethodno razmatranih pravnih sistema, primat je takođe dat zaštiti interesa prethodnog vlasnika izgubljene stvari, čije pravo svojine može prestati tek po isteku predviđenog roka za njen povraćaj, uz ispunjenost svih zakonom predviđenih uslova.

I. *Kad je izgubilac nađen. Izgubiocem* se smatra vlasnik, ali i drugo lice koje je stvar izgubilo iz državine,⁴⁸ u skladu sa širim konceptom izgubljene stvari, pri čemu se prednost daje neposrednom držaocu.⁴⁹ *Prijava nalaza* nalaznom uredu

⁴³ Ova obaveza je predviđena još samo u NGZ, te je izuzetak od pravila po kome je ova obaveza isključivo u nadležnosti organa vlasti. Ovo rešenje smatramo svrsishodnim, jer je cilj: 1) očuvati vrednost nađene stvari, čime se štiti interes vlasnika; i 2) zaštititi interes nalazača, kako troškovi zbrinjavanja nađene stvari ne bi oštetili njenog držaoca.

⁴⁴ Specifičnost ove odredbe ŠGZ je upotreba pravnog standarda kao načina odmeravanja visine nagrade, umesto njenog procentualnog određenja (što je inače odlika svih ostalih analiziranih regulativa). Iako se ovom zakonodavnom tehnikom omogućava trajnost norme i prilagođavanje iste konkretnom slučaju, smatramo adekvatnijim procentualno određenje visine nagrade. Ipak, potrebno je dozvoliti odstupanja od pravila, kada će visina nagrade biti korigovana usled potrebe za srazmernim zadovoljenjem interesa obe strane (u slučaju nalaza stvari velike vrednosti), kao i afekcionom vrednošću izgubljene stvari i okolnostima slučaja, poput rešenja NGZ i AGZ.

⁴⁵ Videti: čl. 722 ŠGZ.

⁴⁶ Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske, “Narodne novine”, br. 91/1996, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14. U daljem tekstu ZVSP.

⁴⁷ Videti: čl. 134 do čl. 139 ZVSP.

⁴⁸ Čl. 134 stav 1.

⁴⁹ U hrvatskoj pravnoj teoriji se izgubljenim stvarima smatraju i ukradene, što znači da se i bespravni držalac (u konkretnom slučaju lopov) smatra izgubiocem, što je posledica činjenice da su

je osnovna dužnost nalazača, osim u slučaju: a) predmeta zanemarljive vrednosti “prema općem shvatanju”⁵⁰ ili b) u slučaju stvari vraćene poznatom izgubiocu.⁵¹

Obaveze nalaznog ureda tiču se čuvanja stvari u ime izgubioca, oglašavanja nalaza i eventualne prodaje.⁵² Pojavljivanje vlasnika ili izgubioca u jednogodišnjem roku, uz dokazanu državinu stvari, uzrokuju vraćanje stvari ovom licu (tj. vraćanje novca dobijenog njenom prodajom), ali uz prethodno naplaćenu vrednost nužnih troškova nalazača oko stvari i nagrade.⁵³ Cilj ove odredbe je zaštita prava poštenog nalazača, u situaciji kada stvar vraća nadležni ured.⁵⁴ Visina nalazačke nagrade je 10% od prometne vrednosti stvari uz mogućnost “pravičnog smanjenja”.⁵⁵ U slučaju više nalazača⁵⁶ nagrada se deli na jednake delove, jer nalazom za takva lica nastaju nedeljiva prava i obaveze.

II. *Kada izgubilac nije nađen*. Ako se izgubilac: 1) ne pojavi u roku od godinu dana ili 2) *ne dokaže pravo na stvar*⁵⁷ ili 3) zahteva povraćaj stvari, a odbija da plati nalazačku nagradu i troškove čuvanja (kada se fingira da se izgubilac nije ni javio), stvar, tj. novac se predaje u neposrednu državinu nalazaču. Dakle, pre-

svi držaoci pred zakonom jednaki, pa se tako tretiraju i kod nalaza izgubljene stvari. Ovo smatramo opravdanim, te prednost dajemo zakonskim rešenjima u kojima je izričito dopušten povraćaj stvari bilo kom izgubiocu. N. Gavella, T. Josipović, I. Gliha, V. Belaj, Z. Stipković, *Stvarno pravo*, Zagreb, 1998, str. 373.

⁵⁰ U narodu se za takve stvari uobičajeno kaže: “što izgubiš ne traži, što nađeš ne kaži.” M. Vedriš, P. Klarić, *Građansko pravo*, Zagreb, 2004, str. 273.

⁵¹ Čl. 134 ZVSP.

⁵² Čl. 135 ZVSP.

⁵³ Čl. 136 stav 1 ZVSP.

⁵⁴ U doktrini se ističe da pravo retencije nije moguće u situaciji kada stvar vraća nalazač lično zbog neispunjenosti opštih uslova za zasnivanje prava retencije: stvar je izašla iz državine vlasnika protiv njegove volje, a pravo zadržavanja nije izričito zakonom priznato u ovom slučaju. Stoga je očigledna prednost predaje nađenog nadležnom uredu, u cilju izbegavanja naknadne realizacije potraživanja troškova i nagrade sudskim putem. R. Cvetić, *Ibid.* str. 356. N. Gavella, *op. cit.*, str. 375. Rešenje NGZ, kojim je eksplicitno priznato pravo retencije nalazaču, je nesporno bolje, jer štiti pravo nalazača na naknadu troškova i isplatu nagrade, u obe varijante: bilo da stvar izgubiocu vraća nadležni organ, bilo sam nalazač.

⁵⁵ Videti: čl. 137 ZVSP. Smanjenje iznosa je moguće zbog nesrazmerne koristi s obzirom na prilike nalazača i izgubioca stvari, kao i okolnosti nalaza i gubitka.

⁵⁶ Slučaj kada je jedno lice prvo opazilo stvar, a u nameri zasnivanja poseda bilo preduhitreno od strane drugog lica koje ju je prvo uzelo u državinu.

⁵⁷ Ovakvu formulaciju smatramo problematičnom i neadekvatnom s obzirom na prihvaćeni pojam izgubioca kao bilo kog lica koje je stvar izgubilo iz neposredne, tj. posredne državine, s pravom na državinu ili bez.

dajom stvari nalazaču se ne konstituiše lična službenost upotrebe stvari,⁵⁸ već se stvar predaje nalazaču u cilju sticanja svojine nad njom. Stoga je on samo savesni i zakoniti držalac koji se nalazi u pravnom stanju.

Pojavljivanje izgubioca u roku od tri godine⁵⁹ od zasnivanja državine nalazača obavezuje na povraćaj stvari, a protekom roka nalazač stiče pravo svojine na stvari *dosjelošću, tj. održajem*. Pritom je činjenica u pogledu koje se zahteva saveznost nalazača posebno određena za ovaj slučaj: “ako nalazač ne zna niti bi morao znati čija je stvar”.⁶⁰

MAKEDONSKO PRAVO

Zakonom za sopstvenost i drugi stvarni prava (ZSSP)⁶¹ iz 2001. normiran je ovaj institut po uzoru na hrvatsko rešenje, uz izvesne razlike.

I. *Kada je izgubilac nađen*. Izgubiocem se smatra vlasnik, ali i bilo koji drugi držalac koji pravo na povraćaj stvari može da dokaže.⁶² Dakle, pravo na povraćaj stvari ima lice koje dokaže pravo na državinu (ne i bespravni držalac) što smatramo neadekvatnim, budući da se pred organom koji vrši povraćaj stvari pravo na istoj ne može dokazati. Pri tom i u ovom zakonu je izvršeno korisno preciziranje: da u sumnji kome od više lica stvar treba vratiti, prednost ima onaj ko ju je izgubio iz neposredne državine, ako okolnosti ne upućuju na drugo lice.⁶³ *Prava i dužnosti* nalazača su koncipirani nešto drugačije nego u ZVSP: nalazačeva je duž-

⁵⁸ Za razliku od nekadašnjeg rešenja OAGZ.

⁵⁹ U pravnoj teoriji postoji saglasnost da je ovde reč o roku za redovni održaj (iako zakonom to nije precizirano), jer je državina nalazača: samostalna, zakonita, prava i savesna. Kao opravdanje redovnog održaja, kao načina sticanja svojine na izgubljenoj stvari u hrvatskom pravu, u pravnoj teoriji se navode: kvaliteti državine nalazača kome je stvar predana od strane nalaznog ureda po proteku jednogodišnjeg roka. M. Vedriš, P. Klarić, *op.cit.* str. 273; R. Cvetić, *op. cit.*, str. 356. Pomenuti autori ističu da je ova državina: 1) zakonita (postoji pravo na državinu eksplicitno predviđeno zakonom); 2) istinita (nije manljiva), jer je stvar predana; 3) samostalna (on stvar drži kao vlasnik, a ne kao uzuar); i 4) savesna. R. Cvetić, *nav. delo*, str. 357; M. Vedriš, P. Klarić, *nav. delo*, str. 273; N. Gavella, *op. cit.*, str. 375.

⁶⁰ Čl. 139 stav 1, nasuprot opštoj definiciji savesnosti državine iz čl 18 stav 3: (3) *Posjed je pošten ako posjednik kad ga je stekao nije znao niti je s obzirom na okolnosti imao dovoljno razloga posumnjati da mu ne pripada pravo na posjed, ali poštenje prestaje čim posjednik sazna da mu pravo na taj posjed ne pripada.*

⁶¹ Krug lica kojima se stvar po zakonu može vratiti je alternativno određen: poznatom izgubiocu stvari ili vlasniku, kada je po znacima na stvari ili drugim okolnostima slučaja očigledno kome stvar pripada. Zakon za sopstvenost i drugi stvarni prava, “Sl. vesnik na Republika Makedonija”, br. 18/2001, 92/2008, 139/2009). Videti: čl. 136 do 141. U daljem tekstu ZSSP.

⁶² Čl. 138 ZSSP.

⁶³ Čl. 138 stav 2 ZSSP.

nost da nalaz prijavi nadležnoj službi, osim u slučaju stvari “zanemarljive vrednosti”, odnosno da stvar vrati poznatom vlasniku ili izgubiocu.⁶⁴ Ako u roku od godinu dana vlasnik ili izgubilac zatraži stvar uz prethodno dokazano pravo na povraćaj, ista mu se vraća nakon odbijanja nužnih troškova i isplate «*eventualne* nalazačke nagrade».⁶⁵ Visina nalazačke nagrade iznosi 15% od vrednosti stvari (viša nego u ZVSP) uz mogućnost “pravičnog smanjenja”.⁶⁶

II. *Kada izgubilac nije nađen.* Ukoliko se izgubilac stvari ne javi u roku od godinu dana, ne dokaže pravo na povraćaj stvari ili odbija da plati naknadu troškova i nagradu⁶⁷ stvar se predaje savesnom nalazaču u neposrednu državinu. Ako se nakon toga pojavi lice sa pravom na povraćaj stvari nalazač mu je mora vratiti sa svim ostvarenim koristima u međuvremenu (tj. novac sa kamatom), po odbitku nužnih troškova i nalazačke nagrade.⁶⁸

SLOVENAČKO PRAVO

Stvarnopravnim zakonikom iz 2002.⁶⁹ regulisana je ova vrsta nalaza kao poseban način originarnog sticanja svojine. Na sažet i ne sasvim adekvatan način, regulisano je postupanje sa nađenom stvari i pravne posledice ove vrste nalaza.

I. *Kad je izgubilac nađen.* Kao izgubilac je određen vlasnik, kao i druga lica sa pravom na državinu stvari. Za razliku od rešenja hrvatskog i makedonskog zakona, kojima se stvar vraća vlasniku stvari ili poznatom izgubiocu, SPZ je predviđen povraćaj “licu ovlašćenom da preuzme stvar”.⁷⁰ Svojstvo nalazača se stiče tek zasnivanjem državnine na nađenoj stvari: ona može, a ne mora biti uzeta u posed. Primarna dužnost nalazača je obaveštavanje vlasnika ili drugog lica sa pra-

⁶⁴ Čl. 136 ZSSP.

⁶⁵ Čl. 138 ZSSP. Dakle, naknada troškova povodom stvari je obavezna, ali isplata nalazačke nagrade ne sledi nužno, već samo ako je nalazač zahteva. U ovome se ogleda razlika u odnosu na hrvatsko rešenje u kome je nagrada koncipirana kao obavezna.

⁶⁶ Čl. 139 ZSSP. Krug lica koja nemaju pravo na nalazačku nagradu određen je isto kao i u ZVSP.

⁶⁷ Tada se fingira da se izgubilac nije ni javio, kao i u ZVSP.

⁶⁸ Ovo rešenje smatramo dobrim jer štiti interes nalazača, budući da je njime obezbeđeno prvenstveno namirenje njegovih potraživanja prema izgubiocu pre povraćaja nađene stvari, tj. novca. Čl. 141. ZSSP omogućeno je sticanje prava svojine savesnom nalazaču na nađenoj stvari pod uslovima koji važe za sticanje svojine putem održaja.

⁶⁹ Stvarnopravni zakonik Slovenije, “Uradni list” br. 87/2002, 91/13. U daljem tekstu SPZ. Videti: čl. 51 i čl. 52 SPZ.

⁷⁰ Čl. 51, stav 1 SPZ. Ovaj pojam podseća na termin koncipiran u NGZ: “lice sa pravom prijema stvari”, s tim što ovde nedostaje mogućnost povraćaja stvari i izgubiocu, što je inače precizirano u NGZ.

vom na stvari o nalazu. Tek u slučaju da su mu ova lica nepoznata, nalazač je dužan da prijavi nalaz policiji.⁷¹ U slučaju blagovremenog traženja povraćaja stvari (do isteka godinu dana od dana prijave nalaza), stvar se vraća ovlašćenom držao-cu, uz naknadu troškova nalazaču.⁷² Specifičnost SPZ je *izostavljanje predviđanja nalazačke nagrade* (za razliku od svih pomenutih zakona). Smatramo ovo propu-stom zakonodavca, vrlo destimulišućim po potencijalne nalazače i prijavu nađe-nog, zbog čega ovo zakonsko rešenje možemo oceniti kao najneadekvatnije.

II. *Kada nalazač nije nađen.* Nalazač koji je ispunio zakonske dužnosti, pro-tekom jednogodišnjeg roka od dana obaveštenja poznatog izgubioca o nalazu (tj. od dana prijave policiji), ukoliko u međuvremenu nije zahtevan njen povraćaj od strane ovlašćenog lica, stiće pravo svojine na njoj. Pojedini autori ističu da je time omogućen bezuslovan prestanak prava svojine prethodnog vlasnika „u relativ-no kratkom roku,⁷³ imajući u vidu ozbiljnost pravnih posledica koje nastupaju njegovim istekom: prestanak svojine *ex lege*. S obzirom da stvar mogu da povra-te i drugi držaoci stvari, a ne samo vlasnik, dužinu roka smatramo primerenom za zaštitu prava prethodnog vlasnika. Ovo je diktirano i potrebom za ubrzanjem pravnog prometa i usklađivanjem pravnog stanja sa faktičkim. Ipak, smatramo bitnim propustom SPZ nepredviđanje nalazačke nagrade, koja bi trebalo da pred-stavlja osnovno pravo nalazača povodom nalaza.⁷⁴

PRAVO REPUBLIKE SRPSKE

Zakonom o stvarnim pravima (ZSP)⁷⁵ Republika Srpska je gotovo u celosti preuzela rešenje hrvatskog ZVSP za ovu vrstu nalaza.⁷⁶

⁷¹ Izuzetak je predviđen za nalaz stvari neznatne vrednosti koji se ne prijavljuje, ali i ovde se zahteva svesnost nalazača: ni stvar neznatne vrednosti ne može biti stečena u svojinu ako nalazač zna izgubioca stvari, a nije ga o nalazu iste obavestio. Savestan nalazač može na ovakvoj stvari steći svojinu, ali tek protekom jednogodišnjeg roka od dana nalaza. U slovenačkoj pravnoj teoriji ističe se da ako nalazač stvar uzme sa namerom da je vrati vlasniku on nema svojstvo samostalnog držaoca. On je tada pošteno izvedeni držalac. A ako je uzme sa namerom prisvajanja, onda je samostalni (svojinski), ali nezakoniti i nesavesni držalac, a kao takav je ne može prisvojiti. M. Juhart, M. Tratnik, R. Vrenčur, Stvarnopravni zakonik s komentarjem, Ljubljana, 2004, str. 292.

⁷² Čl. 52 SPZ.

⁷³ R. Cvetić, *op. cit.*, str. 358.

⁷⁴ Svrha nagrade je stimulacija nalazača na prijavu nalaza, u cilju očuvanja prava svojine njenog vlasnika, a mogućnost sticanja svojine na nađenoj stvari bi trebalo omogućiti tek kao sekundarno pravo.

⁷⁵ Zakon o stvarnim pravima Republike Srpske, "Službeni glasnik R. Srpske", br. 124/2008, 58/2009. U daljem tekstu ZSP. Videti: čl. 120 do čl. 124 ZSP.

⁷⁶ Čl. 120 do 124 ZSP je uređen postupak prijavljivanja nađene stvari i pravne posledice na-laza, dok je sticanje svojine na nađenoj stvari predviđeno odredbom čl. 115, što predstavlja atipično

Odstupanje od hrvatskog modela postoji kod predviđanja prava na naknadu nužnih troškova i "prava na naknadu nalazaču za nađenu stvar".⁷⁷ Za oba prava nalazača zakonodavac koristi termin "*naknada*", iako je ovo drugo pravo očigledno - nalazačka *nagrada*, te ju je tako trebalo i nazvati. Dakle, razlika u odnosu na rešenje ZVSP je samo terminološke prirode, iako potencijalno može stvoriti zabunu, jer nagrada ne predstavlja bilo kakvu naknadu. Intencija zakonodavca je da nagradu kumulira uz naknadu troškova, kao dva posebna prava nalazača.⁷⁸ Protekom jednogodišnjeg roka, pod istim uslovima kao u hrvatskom zakonu, stvar, tj. novac dobijen njenom prodajom predaje se u neposrednu državinu nalazaču. U slučaju naknadnog pojavljivanja izgubioca stvari ili vlasnika, stvar se vraća, ali uz prethodnu naknadu troškova i isplatu nagrade nalazaču.⁷⁹ Sticanje svojine na nađenoj stvari omogućeno je pod pretpostavkama za sticanje održajem.⁸⁰

PRAVO CRNE GORE

Zakonom o svojinsko-pravnim odnosima (ZSPO)⁸¹ iz 2009. detaljno je normiran institut nalaza izgubljene stvari sa drugačijim krajnjim ishodom, tj. rešenjem pitanja svojine na izgubljenoj stvari čiji se izgubilac: nije pojavio; nije dokazao svoje pravo na stvari ili je odbio da stvar primi.⁸²

odstupanje u sistematici zakona, u odnosu na ostale regulative. *Sličnosti* sa hrvatskim ZVSP očigledne su u pogledu: određenja izgubioca stvari; postupka prijavljivanja nađenog; obaveza nalazača; dužine roka posle kog se stvar predaje u državinu nalazaču; i konačno, načina sticanja svojine – održajem.

⁷⁷ Čl. 122, stav 1. U pravnoj teoriji se ističe propust zakonodavca koji pojmom *naknada* naziva iznos nužnih troškova koji se zaista nadoknađuje, ali naknadom naziva i nalazačku nagradu - iznos od 10% od vrednosti stvari koji sleduje nalazaču (za razliku od ZVSP Hrvatske). I. Babić, D. Medić, E. Hašić, M. Povlakić, L. Velić, *op. cit.*, str. 412.

⁷⁸ Videti: čl. 123, stav 1 ZSP. Iznos nalazačke nagrade, kao i mogućnosti njenog smanjenja uređene su identično kao u ZVSP.

⁷⁹ Čl. 124 ZSP

⁸⁰ Čl. 115 ZSP. Kao obrazloženje sticanja svojine putem redovnog održaja pravni pisci ističu da u momentu predaje stvari u neposrednu državinu, nalazač postaje savestan i zakoniti držalac, a državina takvih kvaliteta omogućava sticanje svojine protekom trogodišnjeg roka (redovni održaj). I. Babić, D. Medić, E. Hašić, M. Povlakić, L. Velić, Komentar Zakona o stvarnim pravima Republike Srpske, Sarajevo, 2011, str. 414. Čl. 116 stav 1 ZSP. Državina je zakonita, jer se zasniva na valjanom pravnom osnovu – rešenju organa uprave; a savesnost se pretpostavlja, iako nije eksplicitno navedena kao uslov (čl. 312 stav 5 ZSP).

⁸¹ Zakon o svojinsko - pravnim odnosima Crne Gore, "Sl. list Crne Gore" 19/09. U daljem tekstu ZSPO. Videti: čl. 92 do čl. 100 ZSPO.

⁸² Budući da su odredbe ZSPO najbližnije rešenju Uputstva, koje i dalje važi kao pozitivno pravo Srbije, izložićemo samo razlike koje ujedno smatramo i prednostima ovog zakonskog teksta.

I. *Kad je izgubilac nađen.* Izgubilac je svako lice sa pravom na državinu izgubljene stvari. Nalazačeva je obaveza da stvar vrati poznatom izgubiocu, tj. vlasniku stvari, a u slučaju da to lice nije poznato, stvar mora da prijavi policiji ili nadležnom organu opštine mesta nalaza.⁸³ Ovo je prednost ZSPO u odnosu na Uputstvo, jer nalazač ne mora nalaz da prijavi policiji ako već poznaje izgubioca ili vlasnika, što je ekonomičnije.⁸⁴ Obaveze čuvanja, oglašavanja nalaza i prodaje stvari, po potrebi, ima nadležna služba opštine.⁸⁵ Prava nalazača u slučaju da se izgubilac pojavi su naknada troškova oko stvari i nalazačka nagrada u iznosu od 15% od vrednosti nađene stvari, uz mogućnost smanjenja iz razloga pravičnosti, ali uz zakonom garantovani minimum od 8%.⁸⁶ Ova mogućnost korigovanja visine nagrade je prednost ovog rešenja u odnosu na fiksnu nagradu iz Uputstva (koja nekada može predstavljati i nesrazmernu korist za nalazača).⁸⁷

II. *Kada izgubilac nije nađen.* Protekom jednogodišnjeg roka u kome se izgubilac nije javio, nije dokazao pravo na stvari ili je odbio da stvar primi, nađena stvar postaje državna svojina na kojoj pravo raspolaganja stiče opština na čijoj teritoriji je stvar nađena.⁸⁸ Ovakvim pravnim epilogom država biva nagrađena - bogaćenjem za vrednost tuđe stvari. Ovo sticanje nije besplatno, jer je država godinu dana snosila troškove čuvanja stvari, oglašavanja nalaza i traženja izgubioca. Uostalom, nije ni neopravdano, s obzirom na to da stečena sredstva zadovoljavaju javni interes, što ovo rešenje čini prihvatljivim.

ZAKLJUČAK

Komparacijom prethodno izloženih zakonskih rešenja možemo izdvojiti *dominantan model regulative* nalaza izgubljene stvari, ali i dati ocenu adekvatnosti rešenja Nacrta, koje oličava srpsko pravo *de lege ferenda*.

⁸³ Čl. 92 ZSPO

⁸⁴ Ali, kao i u Uputstvu nije predviđena kategorija stvari zanemarljive vrednosti (koje se ne moraju prijaviti), što smatramo propustom jer prijava, čuvanje i objavljivanje nalaza takvih stvari stvara troškove koji prevazilaze vrednost stvari.

⁸⁵ Čl. 93 ZSPO.

⁸⁶ Čl. 97 ZSPO.

⁸⁷ Sunalazači nagradu dele, a pravo na nagradu nema nepošteni nalazač (koji utaji nalaz), kao i radnici javnih službi koji stvar pronađu vršeći radnu dužnost. Ovo smatramo adekvatnim, jer nije potrebno nagrađivati nekoga zato što je obavio samo svoju radnu dužnost; on je za to već plaćen, a povećana pažnja na određenom radnom mestu se od njega i očekuje. Nagradom je potrebno stimulisati lica koja nisu bila ni u kakvoj obavezi, a ipak su izgubljenu stvar uočila, uzela u posed u nameri da je izgubiocu vrate.

⁸⁸ Čl. 96 ZSPO.

1. Nalazom tuđe stvari, kao faktičkom radnjom zasnivanja poseda, nastaju pravne posledice u vidu prava i obaveza nalazača. Nađena stvar se ne može prisvojiti nalazom, osim izuzetno u slučaju stvari "neznatne vrednosti" nepoznatog izgubioca, što smatramo racionalnim rešenjem. Izuzetak predstavljaju: pozitivno pravo Srbije (sadržano u Uputstvu), zakon Crne Gore, ali i rešenje Nacrta, kojima se ne izdvaja kategorija stvari "zanemarljive vrednosti". Na ovaj način se i prijava takvog nalaza čini obaveznom, što ne smatramo racionalnim iz razloga objašnjenih u radu.

2. Osnovna obaveza nalazača je prijava nalaza nadležnom organu u slučaju nepoznatog izgubioca, odnosno povraćaj stvari poznatom izgubiocu ili vlasniku. Nasuprot ovom modelu, važećim Uputstvom je predviđena obavezna prijava nalaza u oba slučaja, što smatramo nepraktičnim, jer se bespotrebno nameću troškovi nalazaču, koji je svoju zakonsku dužnost ispunio i povraćajem stvari izgubiocu. Ova mana je otklonjena predlogom Nacrta,⁸⁹ što smatramo napretkom.

3. Izgubiocem stvari se u većini zakonodavstava osim vlasnika, označava i držalac sa pravom na državinu. Najširi krug lica sa svojstvom izgubioca je eksplicitno predviđen u NGZ i u Nacrtu: jedini uslov za povraćaj izgubljene stvari je da se dokaže prethodno držanje iste.⁹⁰ Insistiranjem na dokazivanju prava na državinu pred nenadležnim organom stvara se konfuzija i relativizuje prethodno koncipiran pojam izgubioca, pod kojim bi se inače podrazumevao i bespravni držalac. Stoga rešenje NGZ i Nacrta smatramo najadekvatnijim, pravno najpreciznijim i usklađenim sa potrebama prakse za što efikasnijim povraćajem u pređašnje stanje, što i jeste tendencija sve većeg broja zakonodavstava. Time se otklanja i nemoguća situacija dokazivanja prava na stvar bez učešća suda. Pritom je preciziranje redosleda povraćaja, u situaciji konkurencije više držalaca, izvršio nemački zakonodavac, a po uzoru na njega i većina zakona zemalja bivše Jugoslavije, kao i tekst Nacrta⁹¹. Ovim rešenjem je prednost data licu koje je stvar izgubilo iz neposredne državine, što smatramo korisnim preciziranjem.

4. Obaveze čuvanja nađene stvari, traganja za izgubiocem, oglašavanja nalaza, organizovanje prodaje stvari su, po pravilu, na strani nadležnog organa, uz izuzetak NGZ i ŠGZ u kojima su primarno nametnute nalazaču, a eventualno i organu vlasti. Po uzoru na ova rešenja, u Prednacrtu je određen i nalazač kao potencijalni čuvar nađene stvari.⁹²

⁸⁹ Čl. 1776 Nacrta.

⁹⁰ Videti: čl. 1783 i čl. 1789 Nacrta (stvar se vraća sopstveniku ili drugom držaocu u svojstvu izgubioca).

⁹¹ Čl. 1789 stav 3 Nacrta.

⁹² Čl. 1778 Nacrta.

5. Dva su osnovna prava nalazača: na naknadu troškova oko stvari i nalazačku nagradu, oba obligacionopravne prirode. Prvo pravo je uobičajeno, sleduje svakom savesnom držaocu, a drugo je specifično - kao pravna posledica nalaza. Cilj propisivanja nalazačke nagrade je stimulacija prijavljivanja nalaza, u cilju povraćaja izgubljene stvari njenom prethodnom držaocu i konačno vlasniku, zbog čega ovo pravo nalazača smatramo neizostavnim u regulativi nalaza tuđe stvari. Jedini izuzetak predstavlja slovenački zakonik u kome je pravo na nalazačku nagradu izostavljeno, što smatramo neadekvatnim rešenjem. Visina nalazačke nagrade je uglavnom predviđena u fiksnom procentu uz moguće korekcije iz razloga pravičnosti, tj. usled potrebe za srazmernom zaštitom interesa nalazača i izgubioca, prema okolnostima slučaja. Jedini zakonik kojim visina nagrade nije precizirana je ŠGZ, koji koristi pravni standard "pravična nagrada". Ova prava nalazača su obezbeđena u slučaju da se traži povraćaj stvari od nadležnog organa, dok u slučaju da nađenu stvar vraća nalazač postoji opasnost da dugovani iznos izgubitelj ne plati dobrovoljno, što znači namirenje potraživanja utuženjem. U cilju zaštite prava nalazača u NGZ je izričito predviđeno pravo retencije nalazača i u ovoj situaciji, što smatramo korisnim sredstvom samozaštite nalazača, koje opravdano prihvata i tvorac Prednacrta.⁹³

6. Protekom određenog roka u kome stvar nije potraživana od izgubioca, uz ispunjenost svih zakonskih uslova – stiće se pravo svojine na nađenoj stvari kojim se istiskuje istovrsno pravo ranijeg titulara. Novi sticalac je po pravilu nalazač, čime se ne menja svojinski oblik na stvari, već samo lice kao titular prava privatne svojine. Izuzetak predstavljaju: a) rešenja Uputstva i ZVSP Crne Gore, kojima se stvar dodeljuje u svojinu isključivo državi; b) rešenje NGZ i Nacrta, kojima se prvenstveno sticanje svojine "nudi" nalazaču, a supsidijarno državi. Ovim se podjednako uvažavaju interesi nalazača i države, kao subjekata uključenih u postupak traženja izgubioca, te stoga i konačno lica "nagrađenih" sticanjem svojine.

7. Pravna priroda sticanja svojine nalazom je osobena. Reč je o originarnom sticanju po zakonu u užem smislu uz ispunjenost dopunskih pravnih činjenica: a) savesnost nalazača, tj. prijavu nalaza nadležnom organu i b) nepojavljivanje izgubioca u posebnom zakonskom roku za povraćaj stvari. Izuzetak su rešenja Hrvatske, Makedonije i Republike Srpske, kojima je za način sticanja svojine nalazom naveden održaj.

8. Zajednička je, i po našem mišljenju ispravna, tendencija većine zakonodavaca da različito regulišu pravne posledice nalaza izgubljenih i "zaboravljenih stvari", iako druge pojmovno koncipira samo AGZ. Nalaz zaboravljenih stvari u prevoznim sredstvima ili javnim ustanovama ishoduje poseban način prijavljiva-

⁹³ Čl. 1784 stav 4 Nacrta.

nja nalaza, nižu nalazačku nagradu (AGZ, NGZ), što je rešenje koje je prihvaćeno i u Nacrtu.⁹⁴ U odnosu na prethodno utvrđeni dominantni model regulative nalaza izgubljene stvari, rešenje pozitivnog prava Srbije, oličeno Uputstvom, ne čini nam se adekvatnim. Nasuprot tome, Rešenje Nacrta građanskog zakonika, kao predlog budućeg srpskog prava, smatramo valjanim i uglavnom usklađenim sa izloženim dominantnim modelom regulative, naročito sa nemačkim rešenjem, koje ocenjujemo kao pravno najpreciznije.

ALEKSANDRA PAVIĆEVIĆ, BA,
Assistant, on Civil Law on Faculty of Law
University of Kragujevac

FINDING LOST MOVABLES IN COMPARATIVE LAW AND IN THE FUTURE SERBIAN LAW

Summary

This research is a comparative analysis of the legal consequences of the finding of lost (someone else's) thing in 10 European regulations. The author compares the similarities and differences in the regulation of: finders awards and allowances of the findings, as well as obligation rights of conscientious finder; and real consequences of the findings, and above all, the possibility of acquiring ownership of found object. The primary aim of the study is to determine the dominant model regulations finding lost things in the European legislation. The secondary objective was evaluation of the adequacy and compliance of draft regulations finding lost items in the Draft Civil Code of Serbia, with preestablished European dominant model. The author concludes that the Preliminary Draft proposal largely complies with this model, especially in terms of type of ownership that is acquired.

⁹⁴ Čl. 1790 Nacrta.

DRAGOLJUB LAZAREVIĆ

STICANJE STVARNE SLUŽBENOSTI NA OSNOVU UGOVORA PREMA NACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

Sticanje, zaštita i prestanak prava svojine, prava službenosti, prava stvarnog tereta i prava zaloge uređuje se zakonom.¹ Za sticanje prava stvarne službenosti moraju biti ispunjeni zakonom propisani uslovi, tako da pravni posao, odluka državnog organa ili održaj predstavlja samo pravni osnov, ali ne i uslov za sticanje prava stvarne službenosti.

Prema Nacrtu Zakonika o svojini drugim stvarnim pravima Republike Srbije iz 2006. godine, stvarna službenost stiče se upisom u javnom registru na osnovu pisanog ugovora, sudske odluke, na osnovu zaveštanja, druge sudske odluke ili odluke drugog nadležnog organa, kao i pisane jednostrane izjave volje vlasnika poslužnog dobra (324).

U slučaju prenosa prava svojine na povlasnom dobru postoji sukcesija poseda prava stvarne službenosti koje je zasnovano ugovorom o razvrgnuću suvlasniške zajednice nekretnina. Posed je pretpostavka za originarno sticanje održajem, budući da se za derivativno sticanje (na osnovu pravnog posla) traži upis u javnu knjigu (čl. 52. ZOSPO).² Prema Nacrtu Građanskog zakonika Republike Sr-

Dr Dragoljub Lazarević, docent Fakulteta za poslovno industrijski menadžment, Univerzitet "Union Nikola Tesla" Beograd.

¹ Čl. 7. Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa.

² Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, Rev. 155/86 od 18. 07. 1986. godine.

bije, stvarna službenost koja od ranije postoji na nepokretnosti kao njen pripadnik, prenosi se na pribavioca istovremeno sa prenosom prava svojine na povlasnom dobru. Isto tako, stvarna službenost koja od ranije postoji kao obaveza na nepokretnosti prenosi se na pribavioca istovremeno sa prenosom prava svojine na poslužnom dobru (čl. 1936).³

Službenosti mogu da se steknu originerno (direktno ili izvorno) i derivativno (indirektno ili izvedeno). Kod sticanja stvarne službenosti postoje dva načina sticanja: a) sticanje službenosti koja do tada nije postojala, tako da se prvi put ustanovljava i b) sticanje stvarne službenosti koja je ranije postojala, ali se sada menja njen titular.

Originerno sticanje je sticanje službenosti bez saglasnosti od strane vlasnika poslužnog dobra. Na primer, na osnovu održaja i u postupku eksproprijacije.

Derivativno sticanje službenosti nastaje na osnovu saglasnosti vlasnika povlasnog dobra, odnosno ugovora zaključenim sa vlasnikom poslužnog dobra. To znači da je za sticanje stvarne službenosti derivativnim putem potreban pravni osnov i način sticanja. Kod derivativnog sticanja, vlasnik na osnovu prava svojine na svom sada poslužnom dobru dozvoljava konstituisanje službenosti. Na ovaj način vlasnik poslužnog dobra ne prenosi vlasniku povlasnog dobra neki deo svojinskog ovlašćenja, jer pravo svojine ostaje jedinstveno.⁴

³ Prema hrvatskom Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima: na osnovu pravnog posla vlasnika poslužne nekretnine, odluke suda ili druge vlasti, ili samoga zakona, osniva se pravo stvarne službenosti kao pripadnik povlasne stvari za njezina svagdašnjega vlasnika, a teret određene stvari kao poslužne (čl. 218. st. 1.). Pravo službenosti je osnovano kad se ispune sve pretpostavke određene zakonom (čl. 218. st. 3). Prema makedonskom Zakonu o vlasništvu, stvarna službenosti se ustanovljavaju pravnim poslom (ugovor, testament), odlukom državnog organa i održajem (čl. 199). Isto i čl. 57. Zakona o vlasničkopравnim odnosima Federacije Bosne i Hercegovine. Prema Stvarnopravnom zakoniku Republike Slovenije, stvarna službenost nastaje na osnovu zakona, na osnovu pravnog posla ili odlukom državnog organa. (čl. 214.). Isto čl. 140. st. 1. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine. Prema Zakonu o svojinsko-pravnim odnosima Republike Crne Gore, stvarna službenost zasniva se pravnim poslom, odlukom suda ili drugog državnog organa i održajem. Odluku o zasnivanju službenosti donosi sud ukoliko posebnim zakonom nije određen drugi državni organ (čl. 201). Prema Zakonu o stvarnim pravima Republike Srpske (čl. 218), (1) stvarna službenost zasniva se pravnim poslom, odlukom suda ili drugog nadležnog organa ili održajem. (2) Stvarna službenost osnovana pravnim poslom stiće se upisom u zemljišne knjige. (3) Lice koje stvarnu službenost na nepokretnosti stekne na osnovu pravnosnažne odluke suda ili drugog nadležnog organa ovlašćeno je da traži upis ovog prava službenosti u zemljišne knjige. (4) Pravo službenosti stečeno u skladu sa stavom 3. ovog člana ne može se suprotstaviti pravu savjesnog lica koje je, postupajući sa povjerenjem u zemljišne knjige, upisalo svoje pravo prije nego što je bio zatražen upis prava službenosti stečenog na osnovu sudske odluke ili odluke drugog nadležnog organa.

⁴ Stvarna službenost je pravo vlasnika jedne nepokretnosti da za potrebe te nepokretnosti vrši određene radnje na nepokretnosti drugog vlasnika, što znači da lica koja nisu vlasnici povlasnog dobra to pravo ne mogu imati. (Odluka Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4575/95).

Konstituisanjem stvarne službenosti na poslužnom dobru nastaje jedno novo stvarno pravo, odnosno nastaje jedan novi stvarno-pravni odnos koji do tada nije postojao. Od momenta konstituisanja stvarna službenost, počinje svoju samostalnu egzistenciju, odnosno svoj samostalni pravni život, tako da postoji kao posebno stvarno pravo. Stvarna službenost pravno zavisi o vlasnika poslužnog dobra, kao osnivača službenosti, to u praksi znači ako je službenost osnovalo lice, koje nije bilo vlasnik poslužnog dobra, službenost može prestati na zahtev vlasnika poslužnog dobra. Isto tako ako je trajanje stvarna službenosti određeno rokom, po proteku ugovorenog roka službenost prestaje.

Sticanje stvarne službenosti koja ranije postojala predstavlja derivativno sticanje, koje je istovremeno i translativno. Sticanjem povlasne nepokretnosti, na vlasnika prelazi kao pripadak i pravo stvarne službenosti.

Pravo stvarne službenosti se stiče kao pripadak povlasnog dobra za njenog svakodobnog vlasnika, a na teret određenog dobra kao poslužnog. Uzima se po pravilu kao pretpostavka da je svako zemljište slobodno od službenosti, odnosno oslobođeno od tereta i ograničenja, sve dok se suprotno ne dokaže. - *Quodlibet praedium praesumitur esse a servitute liberum, usque dum prebetur contrarium.*

Za sticanje prava službenosti kao i za sva ostala stvarna prava, traži se pravni osnov (titulus) i način sticanja (*modus aquirendi*). Pravni osnovi za sticanje službenosti su po pravilu isti kao i za sticanje prava svojine.

Stvarna službenost se stiče pravnim poslom, odlukom državnog organa ili održajem.⁵ To znači da se ne može steći pravo stvarne službenosti, ako između zemljišnoknjižnih vlasnika poslužnog i povlasnog dobra nije zaključen pravni posao, kojim bi bila ustanovljena stvarna službenost, niti je prošao rok od 20 godina da bi se to pravo moglo steći održajem, kao i kada ne postoji odluka državnog organa o konstituisanje stvarne službenosti preko poslužnog dobra u korist povlasnog dobra.

Sud je dužan da u pokrenutom parničnom postupku pouzdano utvrdi na koji je način tužilac stekao traženu stvarnu službenost. Pravni posao, odluka državnog organa ili održaj, kao takvi, ne vode i sticanju stvarne službenosti, već predstavljaju samo pravni osnov, ali ne i uslov za sticanje prava stvarne službenosti. Uslovi za sticanje prava stvarne službenosti regulisani su odredbama člana 52 do 54. ZOSPO.⁶

⁵ Prema Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru, pošto se uopšte uzimlje da je svačija vlastina slobodna, treba uvijek da je jasno da je neko doista imao pravo poslužja na nečijem dobru. Kad je sumnja o tome, red je da ko tvrdi da tako pravo ima, dokaže kojim ga je zakonitim načinom stekao (na primer: kupovinom i ugovorom druge vrste, kućnom dijebom, sudskom presudom, itd.) (čl. 145)

⁶ Odluka Saveznog suda, Gzs. br. 11/99 od 20. 05. 1999. godine.

STICANJE SLUŽBENOSTI NA OSNOVU PRAVNOG POSLA

Vlasnik poslužnog dobra može da ustanovi službenost na svom dobru u korist vlasnika povlasnog dobra, na dva načina ili u sporazumu sa vlasnikom povlasnog dobra ili jednostranom izjavom volje.

Pravni posao (*negotium iuris*) na osnovu koga se stiče stvarna službenost sporazumom je ugovor, dok se jednostrano stvarna službenost stiče izjavom poslednje volje (*ultima voluntas*), odnosno zaveštanjem (testamentom). Na osnovu pravnog posla stvarna službenost stiče se upisom u katastar ili na drugi odgovarajući način određen zakonom. Ugovor na osnovu koga se stiče stvarna službenost mora biti zaključen u pisanom obliku i overen od nadležnog organa.⁷

STICANJE SLUŽBENOSTI NA OSNOVU UGOVORA

Prema Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, stvarna službenost stiče se na osnovu ugovora između sopstvenika povlasnog i sopstvenika poslužnog dobra, na osnovu testamenta, održajem, odlukom suda ili drugog nadležnog organa i na osnovu zakona (čl. 1934).

Na osnovu punovažnog ugovora kojim se stiče stvarna službenost, vlasnik povlasnog dobra izvodi službenost kao stvarno pravo iz vlasništva na povlasnom dobru, odnosno od vlasnika poslužnog dobra.⁸

Ugovor (*pactum*) sklapaju vlasnik povlasnog i vlasnik poslužnog dobra, kao odraz osnovnog načela građanskog prava, načela dispozitivnosti, što znači da je ugovor o osnivanju službenosti uvek odraz volje stranaka, potpisnica ugovora.

Na osnovu punovažnog ugovora, čiji je cilj sticanje stvarne službenosti, konstituiše se pravo stvarne službenosti u korist povlasnog dobra, a na teret poslužnog dobra. Konstituisanjem stvarne službenosti na poslužnom dobru za vla-

⁷ Prema Zakonu o svojinsko-pravnim odnosima Republike Crne Gore, na osnovu pravnog posla stvarna službenost stiče se upisom u katastar ili na drugi odgovarajući način određen zakonom. Ugovor na osnovu koga se stiče stvarna službenost mora biti zaključen u pisanom obliku i ovjeren od nadležnog organa, odnosno notara. (202).

⁸ U konkretnom slučaju, tužena nije mogla steći pravo službenosti prolaza preko tužiljine katastarske parcele, kao povlasnog dobra ugovorom o poklonu od 1998. godine. Naime, poklonodavac ovim ugovorom o poklonu nije mogao konstituisati pravo službenosti u korist tužene, budući da je ranijim ugovorom o poklonu već preneo na tužilju pravo svojine na katastarskoj parceli koja bi bila poslužno dobro. Stoga poklonodavac nije mogao zasnivati teret na nepokretnosti koja više nije bila u njegovom vlasništvu. Nisu ispunjeni ni uslovi iz čl. 54. ZOSPO za sticanje stvarne službenosti održajem, budući da je tužena faktički ostvarivala službenost kraće od 20 godina, a tužilja kao vlasnik poslužnog dobra protivila se ovakvom korišćenju poslužnog dobra čiji je vlasnik. Stoga je u nižestepenim presudama pravilno primenjeno materijalno pravo kada je utvrđeno da tužena nema pravo stvarne službenosti prolaza preko tužiljine katastarske parcele. (Presuda Opštinskog suda u Žagubici, P. br. 124/01 od 6. 03. 2003. godine i Presuda Vrhovnog suda Srbije Rev. 2577/04 od 9. 06. 2005. godine).

snika povlasnog dobra nastaje jedno novo, do tada nepostojeće pravo. Međutim, dok traje stvarna službenost njen titular nije vlasnik, ni držalac predmetnog zemljišta, kojim prolazi put preko poslužnog dobra, već je samo držalac prava službenosti prolaza. To znači da vlasnik poslužnog dobra, isto može trećem licu da da u neposrednu državinu, ali to ne utiče na vlasnika povlasnog dobra, koji će i pored toga nesmetano izvršavati sadržaj ustanovljene službenosti. Pravo da konstituiše stvarnu službenost na određenoj nepokretnosti vlasnik poslužnog dobra crpi iz prava svojine na toj nepokretnosti.

Sadržina ugovora kojim se ustanovljava stvarna službenost u korist povlasnog dobra a na teret poslužnog dobra, prepuštena je ugovoračima, tj njihovoj slobodnoj volji (autonomija stranaka) s obzirom na interes povlasnog dobra, koje taj interes treba da realizuje preko poslužnog dobra. Sadržinu stvarne službenosti može da odredi vlasnik poslužnog dobra ili da sadržinu sporazumno odrede vlasnik poslužnog i povlasnog dobra.

Ugovor kojim se ustanovljava stvarna službenost mora da ispuni sve opšte pretpostavke a punovažnost ugovora, a kako se stvarna službenost ustanovljava na nepokretnosti, po pravilu isti bi trebao biti zaključen u pisanom obliku. Prema Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, ugovor između sopstvenika povlasnog i sopstvenika poslužnog dobra na osnovu kojeg se stiče stvarna službenost mora biti zaključen u pismenoj formi (čl. 1935. st. 1).

Ugovorne odredbe predstavljaju zakon za stranke – *pacta dant legem contrahentibus*. U praksi to znači da u slučaju spora na ugovor se primenjuju pravila koja su saglasnošću svojih volja same stranke (vlasnik povlasnog i poslužnog dobra) utvrdile, tj. da su norme građanskog ili obligacionog prava dispozitivne prirode.

Ugovorne stranke moraju samo da vode računa o tome da sadržina ugovorene službenosti može da se realizuje, kao i da ugovorena službenost nije u suprotnosti sa pozitivnim propisima. To znači da se ugovorom može pravo stvarne službenosti na poslužnom dobru ograničiti. Isto tako, vlasnik poslužnog dobra svoje dobro može opteretiti ali na način koji je moguć, to znači da da nije reč o nedozvoljenom opterećenju, niti opterećenju koje je u suprotnosti sa pravnom prirodom stvarne službenosti.

Postavlja se pitanje u pravnoj teoriji kada se zaključi ugovor o ustanovljenju službenosti, šta vlasnik poslužnog dobra prenosi vlasniku povlasnog dobra, da li deo svojih vlasničkih ovlašćenja ili dolazi do konstitisanja novog prava, koje do tada nije postojalo na poslužnom dobru i koje se razlikuje od prava svojine?

Kako je pravo svojine jedistveno, sastavljeno od ovlašćenja koja se ne mogu pojedinačno otuđivati, već samo kao potpuno pravo svojine ili kao suvlasnički deo, odnosno kao alikvotni deo, to znači da zaključivanjem ugovora o ustanovljenju službenosti vlasnik poslužnog dobra ne prenosi deo svojih vlasničkih ovlašćenja na titulara prava stvarne službenosti.

Kada stvarna službenost prestane vlasnik poslužnog dobra automatski dobija sva svojinska ovlašćenja na svojoj nepokretnosti.

Da bi stvarna službenost nastala na osnovu ugovora potrebno je: a) da je lice koje dozvoljava konstituisanje službenosti, vlasnik poslužnog dobra, b) da je ugovor o sticanju službenosti punovažan i c) potreban je način sticanja, koji se ogleda u upisu u javnu knjigu.

Prenosilac stvarne službenosti

Kako službenost predstavlja pravni odnos između vlasnika nepokretnosti a povodom nepokretnosti, to ugovor o zasnivanju stvarne službenosti mogu zaključiti samo vlasnici povlasnog i poslužnog dobra. Samo vlasnik poslužnog dobra može, dakle, na svom dobru ustanoviti službenost. Ako je vlasnik poslužnog dobra ustanovio stvarnu službenost na nepokretnosti koju prodaje u korist vlasnika povlasnog dobra, tada se ustanovljeno pravo u slučaju smrti vlasnika poslužnog dobra prenosi i na njegove pravne sledbenike, koji u ovom slučaju izvlače pravo za sebe.

Ako ugovor o zasnivanju stvarne službenosti zaključi vlasnik povlasne nepokretnosti i lice, koje nije vlasnik poslužne nepokretnosti, a vlasnik povlasne nepokretnosti počne sa izvršavanjem sadržaja službenosti, a vlasnik poslužne nepokretnosti se pri tom ne protivi, tada vlasnik povlasne nepokretnosti nije stekao pravo službenosti, već samo državinu prava stvarne službenosti.⁹

Službenost na poslužnom dobru može da konstituiše samo vlasnik dobra, tako da on mora da potpiše ugovor o ustanovljenju stvarne službenosti. Ugovor o ustanovljenju ne važi, ako ga je potpisao nevlasnik poslužnog dobra, izuzetak je, kada se nevlasnik pojavljuje kao punomoćnik vlasnika poslužnog dobra. Ugovor kojim je konstituisano pravo službenosti nije ništav samo zbog toga što prenosilac nije vlasnik povlasnog dobra. Takva ugovor obavezuje sranke, a raskidanje pod određenim pretpostavkama može da zahteva sticalac, kome prenosilac odgovora. Treće lice, kao vlasnik poslužnog dobra, odnosno ono koje ima pravo raspolaganja sa stvari, može svoje pravo da ostvaruje i bez obzira na ugovor, koji su u odnosu na njega zaključila treća lica, ali parnica u kojoj je taj treći utvrdio svoja prava prema prenosiocu, ne obavezuju sticaoca, što naravno ne sprečava tužio-

⁹ Tuženi se neosnovano poziva na načelo pouzdanja u tačnost zemljišne knjige. Sam upis u zemljišnu knjigu, bez postojanja pravno valjanog osnova, ne konstituiše pravo tuženog na ovu nepokretninu. U zemljišnoknjižnom postupku važi načelo legaliteta, po kome je upis u zemljišne knjige valjan, samo ako je izvršeno na osnovu isprave podobne za upis. Pošto tuženi nema takvu ispravu, što je pravilno utvrdio prvostepeni sud, tužilac je ovlašćen da zahteva uspostavu ranijeg stanja. Prema tome, zemljišnoknjižni upis je pravovaljan samo onda kada je uknjiženo pravo potpuno dokazano, bez ikakve sumnje o pravnom osnovu upisa. Samo takav upis je pouzdan, tačan i zaštićen. Svaki drugi upis može da bude sporan. Sam upis, dakle, nije dovoljan dokaz da je upisano lice nosilac upisanog prava, kako je pravilno našao prvostepeni sud. (Vrhovni sud Vojvodine, Gž. 29/82)

ca, da, ako se uzda u svoje svojinsko pravo, to svoje pravo ostvari u sporu sa sticaocem, koji polaže pravo službenosti puta, na njegovom poslužnom dobru.

Ako je poslužno dobro u suvlasništvu ili predstavlja zajedničku svojinu više lica za konstituisanje službenosti potrebna je saglasnost svih suvlasnika, odnosno zajedničara, tj. samo svi zajedničari, odnosno suvlasnici mogu svi saglasno da zajedničku nepokretnost opterete službenošću.

U slučaju da je poslužno dobro u suvlasništvu ili u zajedničkoj svojini, tada službenost ne može ugovorom konstituisati jedan suvlasnik bez bez znanja, dozvole i odobrenja i prihvatanja drugog suvlasnika, odnosno zajedničara. Ovo sa razloga što zaključivanje takvog ugovora u ovom slučaju premašuje okvire redovnog upravljanja.¹⁰ Tako zaključeni ugovor bio bi ništav,¹¹ tako da drugi suvlasnik, odnosno zajedničar pošto je povređen u svom pravu ima pravo da kao zainteresovano lice zahteva utvrđenje ništavosti ugovora kojim je bez njegovog znanja i njegove saglasnosti zasnovana stvarna službenost na poslužnoj nepokretnosti koja je u suvlasništvu, odnosno zajedničkoj svojini.¹²

Kako roditelji ne mogu otuđiti ili opteretiti imovinu svog deteta bez posebnog odobrenja Centra za socijalni rad, to znači da roditelji ne mogu bez takvog odobrenja konstituisati pravo stvarne službenosti na poslužnom dobru, koje pripada detetu kao vlasniku ili suvlasniku poslužnog dobra.

Fizičko lice kao nosilac prava korišćenja na gradskom građevinskom zemljištu, kao poslužnom dobru, nije ovlašćeno da ugovorom konstituiše službenost puta preko takvog zemljišta, već to pravo pripada samo opštini kao titularu društvene, odnosno državne svojine.¹³

Punovažnost ugovora o konstituisanju službenosti

Vlasnik povlasnog i poslužnog dobra kao ugovorači, odnosno zainteresovana lica mogu slobodno da zaključe ugovor o konstituisanju službenosti, a njihova sloboda se ogleda u tome da nemaju nikakvo ograničenje kod konstituisanja službenosti u pogledu njenog sadržaja i obima. Dakle, vlasnik povlasnog i poslužnog dobra mogu ugovoriti stvarne službenosti bili kog sadržaja koji je moguć a nije zabranjen, s tim da se kod zaključivanja ugovora poštuje autonomija volje strana, odnosno izražena volja mora da bude rezultat slobodne volje.

Vlasnik poslužnog dobra isto uvek može otuđiti, a samim tim može ugovorom konstituisati stvarnu službenost, po principu ko može više može i manje – *Ad minore ad manus*.

¹⁰ Čl. 15. st. 4. Zakona o osnovama svojinskopravnih odnosa.

¹¹ Čl. 103. Zakona o obligacionim odnosima.

¹² Čl. 109. Zakona o obligacionim odnosima.

¹³ Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. br. 858/03. od 23. 05. 2003. godine.

Ugovor kojim se stiče službenost može se zaključiti kao poseban ugovor, ili sticanje službenosti može da nastane kao deo drugog ugovora, kao npr. ugovora o kupoprodaji, ugovora o doživotnom izdržavanju, ugovorom o poklonu, i sl.¹⁴ Overa potpisa ugovornih strana na ugovoru kojim se prenosi neko stvarno pravo na nepokretnosti, kao konstitutivni element forme je neophodan zakonski uslov za uknjižbu stvarnog prava u javnim knjigama. Sam upis u javnu knjigu, bez postojanja punovažnog osnova, ne konstituše pravo stvarne službenosti na poslužnom dobru. U postupku upisa važi načelo legaliteta, po kome je upis u javne knjige punovažan, samo ako je izvršen na osnovu isprave podobne za upis. Prema tome, upis je punovažan samo onda kada je uknjiženo pravo potpuno dokazano, bez ikakve sumnje o pravnom osnovu upisa. Samo takav upis je pouzdan, tačan i zaštićen. Svaki drugi upis može da bude sporan. Sam upis, dakle, nije dovoljan dokaz da je upisano lice nosilac upisanog prava.

Ugovorom mora da se prizna službenost kao pravo. Tako na primer, prodavac zaključenim ugovorom o prodaji nepokretnosti kupcu, može ugovoriti za sebe stvarnu službenost parkiranja automobila i slično.

Kod konstituisanja stvarne službenosti ugovorom za obim službenosti važi ono što je među strankama ugovoreno. I u rimskom pravu je važilo pravilo: da se kod službenosti ne dopušta više titularu nego što je ugovoreno, tj. prava titulara službenosti su određena ugovorom. - *Non conceditur plus quam pactum est in servitute habere*.

U slučaju da u ugovoru zaključenim između vlasnika povlasnog i vlasnika poslužnog dobra nije utvrđen obim službenosti, onda se službenost ima vršiti srazmerno potrebama povlasnog dobra. To znači da vlasnik povlasnog dobra ne bi imao pravo da u svoju korist opterećuje poslužno dobro preko stvarnih ekonomskih potreba. Na primer, kada vlasnik povlasnog dobra ima službenost korišćenja vode, on tu službenost može koristiti radi navodnjavanja svog zemljišta, a ni u kom slučaju ne bi imao pravo da službenost korišćenja vode prenese i na svoje susede, jer je obim njegovog prava određen potrebama njegovog dobra.¹⁵

¹⁴ Čest je slučaj da neko ustupajući stvar predajom ili poklonom zadrži za sebe službenost bilo ličnu (plodouživanje, uživanje) ili stvarnu (pravo prolaza, pravo uzimanja vode). To se zvalo *deductio servitutis*, jer se iz prava svojine dedukuje (izvodi) pravo službenosti. O. Stanojević, Rimsko pravo, str. 227.

¹⁵ Prema hrvatskom Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima: čl. 219. (1) Na temelju valjanoga pravnog posla kojemu je cilj sticanja služnosti osnivaju se prava služnosti izvođenjem iz vlasništva poslužne stvari, odnosno iz pripadanja prava koje je poslužna stvar, a na način određen zakonom. Prema poljskom Građanskom zakonu, obim stvarne službenosti i način njenog vršenja određuje se, u nedostatku drugih merila, društvenim normama i mesnim običajima (čl. 287). U slučaju kada posle ustanovljavanja stvarne službenosti nastane važna ekonomska potreba za to, vlasnik poslužnog dobra može zahtevati da se, uz naknadu, izmeni sadržina ili način vršenja službenosti, osim u slučaju kada bi tražena izmena nanela nesrazmerno veliku štetu povlasnom dobru (čl. 291).

Međutim, kada vlasnik povlasnog dobra stekne stvarnu službenost - put preko poslužnog dobra, tada vlasnik povlasnog dobra, kao korisnik puta ima pravo na uređenje o svom trošku da bi se službenost puta mogla koristiti, a vlasnik poslužnog dobra je u tom slučaju dužan da trpi izvođenje radova. Na primer, ako vlasnik povlasnog dobra po ugovoru stekao pravo kolskog prolaza uključujući i motorna vozila pripada mu i pravo na odgovarajuću putnu podlogu. Međutim, shodno pravilima građanskog prava vlasnik poslužnog dobra, dužan je da trpi vršenje prava službenosti, a nije dužan da vrši bilo kakva materijalna ulaganja u cilju ostvarivanja tog prava ukoliko i sam ne koristi prolaz odnosno drugi objekat službenosti. Kakva će materijalna ulaganja na putu preduzeti vlasnik povlasnog dobra zavisiće od vrste službenosti prolaza i obima ovlašćenja u pogledu njenog korišćenja prema ugovoru kojim je službenost konstituisana.

Prema sudskoj praksi, ako je konstituisanje službenosti sastavni deo ugovora o prodaji ili drugog ugovora kojim se vrši prenos prava svojine na nepokretnosti, odnosno prenos prava korišćenja, onda što važi za taj pravni posao, važi i za konstituisanje službenosti tj. pismena forma i overa ugovora kod suda.¹⁶ Zbog toga ugovor o sticanju prava stvarne službenosti zaključen između prethodnog vlasnika povlasnog i poslužnog dobra obavezuje njihove singularne pravne sledbenike ako su makar i prećutno preuzele ugovor time što su se izvesno vreme ponašale u skladu sa ugovorom. Ako je ugovor izvršavan izvesno vreme tada se može zahtevati upis prava službenosti u zemljišne knjige.

Za ocenu o tome dali je samim zaključenjem ugovora o konstituisanju prava stvarne službenosti puta titular ovog prava istovremeno postao i držalac prava, nije od značaja da li je faktički vršio ovlašćenja iz sadržine ovog prava u periodu od zaključenja ugovora do dana učinjenog smetanja, ako za to nije imao stvarne potrebe.¹⁷ Ugovor o sticanju stvarne službenosti, trebalo bi da bude zaključen u

¹⁶ Pravno shvatanje Građanskog odeljenja Vrhovnog suda Srbije, utvrđeno na sednici od 12. 10. 1961. godine.

¹⁷ U prvostepenom postupku je utvrđeno da je tužilac kupio povlasnu parcelu po pismenom i overenom ugovoru od 28. 07. 1995. godine, kojom prilikom je u korist tužioca konstituisana stalna službenost puta preko kp. br. 1005 koja je tada bila u svojini prodavca neparničara S. P., koji se obavezao da parcelu neće orati i koristiti za obradu na pravcu službenosti puta, da bi krajem jeseni iste godine poslužnu parcelu S. prodao i predao tuženom, pri čemu su pismeni ugovor zaključili i overili 4. 01. 1996. godine. Nije bilo sporno da je tuženi odmah po stupanju u državinu poslužnog zemljišta isto uzorao u celoj površini. Prvostepeni sud pogrešno nalazi da je za odluku o zahtevu tužioca za smetanje državnine oranjem putnog pravca, od značaja kakvo je stanje državnine spornog prava službenosti bilo pre 28. 07. 1995. godine, kada je tužilac pribavio u svojinu povlasno zemljište od lica koje je tada bilo vlasnik poslužnog zemljišta. Za odluku u ovoj pravnoj stvari, od značaja je da li je 1) tužilac samim zaključenjem ugovora postao držalac spornog prava stvarne službenosti puta, koja prema odredbama ugovora podrazumeva obavezu vlasnika poslužnog dobra da povlasno zemljište neće koristiti za obradu i 2) da li je u mirnoj državnini tog prava bio sve do dana kada je učinjen akt označen kao smetanje. Za ocenu o tome nije od značaja da li je tužilac

pismenom obliku. Postavlja pitanje da li je pismena forma uslov za punovažnost sticanja stvarne službenosti? Povodom ovog pitanja Vrhovni sud Srbije zauzeo je sledeći stav: "Ugovor kojim se zasniva stvarna službenost smatra se punovažnim i ako nije zaključen u pismenoj formi, ako su ugovorne stranke u celini izvršile obaveze koje iz njega proizilaze."¹⁸

Naime, Zakon o osnovama svojinskopravnih odnosa (čl. 51. i 52), propisuje da se stvarna službenost stiče pravnim poslom, odlukom državnog organa ili održajem, a na osnovu pravnog posla stiče se upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način.

Iz ovih odredaba ne može se izvući zaključak da ranije realizovan ugovor o zasnivanju stvarne službenosti ne proizvodi pravno dejstvo, samo zbog nedostatka pismene forme, i da sud na osnovu takvog ugovora ne može da donese utvrđujuću presudu koja nema konstitutivni karakter. Pismena forma iz čl. 52. ZOSPO, pokazuje se samo kao tehnička nužnost, da bi se službenost mogla upisati u javnu knjigu, a ne obavezna forma za punovažnost ugovora u slučaju kada je on u celini obostrano izvršen.

Stvarna službenost se može steći i ugovorom, zaključenim u usmenoj formi, koji je u celini izvršen.¹⁹ Od volje ugovornog strana zavisi da li će pismena forma ugovora predstavljati uslov punovažnosti ugovora, ili samo dokaz da je ugovor o sticanju službenosti zaključen.

Prema Zakonu o obligacionim odnosima, zaključeni ugovor ne podleže nikakvoj formi, osim ako je zakonom drukčije određeno, te se može zaključiti da je ugovor za zasnivanje stvarne službenosti neformalan pravni posao.

Zakon o osnovama svojinsko-pravnih odnosa, takođe, ne predviđa obaveznost forme za ugovor kojim se konstituiše pravo stvarne službenosti, na poslužnom dobru, u korist povlasnog dobra.²⁰

u periodu od pribavljanja prava službenosti do dana učinjenog smetanja faktički vršio ovlašćenja iz sadržine ovog prava, odnosno da li je prolazio spornim pravcem, ako za to nije imao stvarne potrebe usled toga što je prošao period poljoprivrednih radova. (Rešenje Okružnog suda u Valjevu, Gž. br. 1279/04 od 18. 11. 2004)

¹⁸ Sud prvog stepena je utvrdio da su stranke usmeno ugovorile spornu službenost u korist nepokretnosti tužioca, kojim pravom se ovaj služio. Bez obzira na nedostatak pismene forme tužiocu pripada to pravo, pa je tuženik dužan da mu omogući da se tim pravom i koristi. Predmetne nepokretnosti, i to povlasno i poslužno dobro su u privatnom vlasništvu i stoga titulari stvarnog prava na njima, a to su stranke u ovom sporu, mogu na njima osnivati stvarne službenosti. Budući da je utvrđeno da su nepokretnosti stranaka fizički podeljene, to je moguće na njima protivno tvrdnji tuženika u reviziji, osnovati službenost bez obzira na što su u zemljišnim knjigama upisane kao jedna zemljišno-knjižna parcela. (Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 1481/96 od 9. 10. 1996)

¹⁹ Vrhovni Sud Srbije, Gzz. br. 57/93 od 20. 04. 1993.

²⁰ Prema hrvatskom Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, pravni posao kojim se osniva službenost, osim što mora da ispuni opšte pretpostavke za punovažnost treba da

Stvarna službenost se može steći usmeno i realizovanim ugovorom. Naime, vlasnik povlasnog i vlasnik poslužnog dobra mogu usmeno da se dogovore, da vlasnik povlasnog dobra stekne pravo stvarne službenosti preko poslužnog dobra i da se put pruža preko poslužnog dobra.

Da se zaključiti da za nastanak stvarne službenosti na osnovu pravnog posla nije potrebna pismena forma. Međutim problem nastaje kada treba izvršiti upis u zemljišnu knjigu, ako upis stvarne službenosti nije izvršen, kod titulara službenosti postoji rizik da u slučaju otuđenja poslužnog dobra, izgubi službenost, pa makar da je i postojao pismeni ugovor o konstituisanju službenosti, jer kupca poslužnog dobra ne obavezuje odredba ugovora kojim se konstituiše službenost, ako službenost nije upisana u zemljišnu knjigu, i ako on za postojanje te službenosti nije znao, niti je mogao znati. Hrvatski Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima izričito predviđa da službenost koja nije upisana u zemljišnu knjigu prestaje kad poslužnu stvar stekne lice koje nije znalo niti je moralo znati za postojanje službenosti (čl. 243).²¹

Ugovor kojim se stiče stvarna službenost može biti teretni ili dobročini, i njime se može steći bilo koja vrsta službenosti. Ako je za zasnovanu službenost plaćena naknada, onda je ona stečena teretnim pravnim poslom, ako naknada nije plaćena, onda je stečena besteretnim, odnosno dobročini pravnim poslom.

Ipak, ovde moramo napraviti razliku između službenosti kao stvarnog prava i pravnog posla kojim se ona stiče.

Ako vlasnik jedne parcele plaća vlasniku druge parcele novčanu naknadu ili daje drugu naknadu za svaki dozvoljeni prolazak, preko njegove parcele, onda se u ovom slučaju ne radi o službenosti puta, kao stvarnom pravu, već se radi o drugom ugovoru. Očigledno je da se u takvom slučaju plaćanje vrši za određene radnje, a ne sa ciljem da se zasnuje službenost, kao stvarno pravo.

U slučaju da je povlasno dobro u suvlasništvu više lica, svako od suvlasnika može ugovoriti korist za povlasno dobro koja se ogleda u zasnivanju stvarne službenosti. U tom slučaju službenost se zasniva u korist cele parcele, tako da se njome mogu služiti svi suvlasnici.

Međutim, ako je poslužno dobro u suvlasništvu više lica onda svi suvlasnici prilikom ustanovljavanja službenosti moraju da se pojave kao ugovorači. Naime, jedan suvlasnik ne može bez pristanka drugog zasnovati službenost u ko-

bude zaključen u pismenom obliku, ako je poslužna stvar nekretnina (čl. 219. st. 4). Pravo stvarne službenosti ne može se steći na temelju usmenog ugovora koji je realizovan, kad nije izvršen upis u zemljišne knjige koji upis ima konstitutivan karakter za sticanje prava stvarne službenosti pravnim poslom. (Vrhovni sud Hrvatske, Rev. 359/00 od 9. 07. 2003. godine)

²¹ Prema hrvatskom Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima: čl. 221. - Na zaštitu poverenja u zemljišne knjige pogledu prava služnosti na odgovarajući se način primenjuju odredbe člana 122. do 125. ovoga zakona ako nisu suprotne pravnoj naravi tih prava.

rist trećeg lica,²² zbog toga što je reč o samovlasnom raspolaganju, a samovlasno raspolaganje jednog od suvlasnika poslužnog dobra ne može da obavezuju ostale suvlasnike. Ovo stoga što zasnivanje stvarne službenosti na poslužnom dobru predstavlja teret za ovo dobro, pa ako je ovo dobro u suvlasništvu više lica to bi zaključivanje ugovora o ustanovljavanju službenosti od strane jednog suvlasnika, a ne svih, predstavljalo bi preduzimanje poslova, koji prelaze okvir opšte redovnog upravljanja nepokretnošću.

Naime, za zasnivanje stvarne službenosti potrebna saglasnost svih suvlasnika,²³ to s jedne strane, a s druge strane, kao što smo napred naveli službenosti su nedeljive.²⁴

Ako je konstituisanje prava na stvarnu službenot na osnovu ugovora strana-ka uslovljeno protivčinidbom druge strane, onda nema konstituisanja dok se protivčinidba ne izvrši.²⁵

²² Savezni Vrhovni sud, Gzz. 8/50.

²³ Prema srbijanskom Građanskom zakoniku, svaka službenost ili se osniva na Zakonu, ili na ugovoru ili na poslednjoj volji ili na presudi sudskoj ili na zastarelosti. (p. 340.). Zakon ograničava pravo sopstvenosti nije samo u onom slučaju, kad drugi svoje dobro ili sasvim ili od česti upotrebiti ne bi mogao, na primer kad ko na njivu svoju ne može drugačije doći, ako preko tuđe ne pređe, onda ovaj po Zakonu mora putanju preko svoje njiva onome dopustiti (p. 341). Službenosti pribavljaju se onim načinom, kao što se uopšte sopstvenosti različitih stvari ili dobara dobijaju (p. 342). rema hrvatskom Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima: Kad je nekretnina u vlasništvu neko-licine suvlasnika ili zajedničkih vlasnika, samo svi oni suglasno mogu da se ona optereti služnošću (čl. 219. st. 5). Prema austrijskom Građanskom zakoniku, ako je imaocu službenost iz javnih knjiga, ili na drugi način moglo biti poznato, da je pravo onoga, koji je ustanovio službenost, samo za neko izvesno vreme vezano, ili da je trajanje službenosti na neko vreme ograničeno, onda po isteku ovog vremena prestaje službenost sama po sebi. (p. 527). Osnov za kakvu službenost počiva: na ugovoru, na izjavi poslednje volje, na sudskoj presudi izrečenoj pri podeli zajedničkog zemljišta ili najzad na zastarelosti (p. 480.). Stvarno pravo službenosti može se pribaviti na predmetima koji su u javne knjige upisani, samo sa upisom u ove knjige. Na neuknjiženim nepokretnostima ili na građevinama, stiče se stvarno pravo polaganjem kod suda overene isprave sastavljene po davanju službenosti na drugim stvarima, pak gore navedenim načinima predaje. (p. 481). Sve se službenosti slažu u tome, što držalac poslužne stvari po pravilu nije obvezan da nešto čini, već samo da drugome dopusti vršenje kakvog prava, ili da ne čini ono što bi on inače kao vlasnik bio ovlašćen činiti (p. 482). Prema Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru, one vrste poslužja kojima se zabranjuje susjedu, da sam on, nešto ne čini na svome dobru (poslužje zabrane 855), treba da se u sudu potvrde, da bi imale zakonitu snagu, ipak, samo kad se ugovorom stekne. Ta se potvrda čini po podobju one što je naređenja zatečenje vlastine nepokretnih stvari. Vrste poslužja, na protiv, koje ovlašćuju onoga te ih ima da nešto za sebe vrši na dobru susjedovu (poslužje djela čl. 854), rečene potvrde ne trebaju, ali ko zaželi, može i stečenje takoga poslužja dati sudu na potvrdu (čl. 146).

²⁴ V. čl. 1122. Grčkog građanskog zakonika.

²⁵ Stranke su zaključile ugovor u usmenoj formi, kojim su zasnovale pravo stvarne službenosti prolaza putem preko zemljišta tužioca u korist povlasnog dobra tuženog, ali kojim je ustanovljeno i pravo korišćenja vode u korist povlasnih parcela tužilaca, a sa poslužnih par-

Stranke mogu u ugovoru da označe naknadu koju vlasnik povlasnog dobra treba da plati vlasniku poslužnog dobra za ustanovljenu stvarnu službenost.

Ako se usmeni ugovor realizuje u celosti, odnosno vlasnik počne sa nesmetanim korišćenjem puta, smatra se da je stvarna službenost nastala usmeno realizovanom ugovorom. Stranke mogu da zaključe ugovor i u usmenom obliku o naknadi za ostvarivanje prava službenosti.²⁶ Stranke mogu usmeno da ugovore da se naknada za faktičko ostvarivanje prava službenosti izvrši davanjem poljoprivrednih proizvoda. Ako se takav ugovor zaključi a vlasnik povlasnog dobra ne daje poljoprivredne proizvode vlasniku poslužnog dobra, tada ovaj može zahtevati od dužnika da obavezu ispuni savesno i u svemu kako ona glasi.²⁷ Ako dužnik ne ispuni svoju obavezu ili zadocni sa njenim ispunjenjem, vlasnik poslužnog dobra može da zahteva i naknadu štete koje je usled toga pretrpeo.²⁸

Kod sticanja stvarne službenosti pravnim poslom, vlasnik povlasnog i poslužnog dobra mogu službenost ograničiti i opteretiti dobro prema svojim potrebama, vodeći pri tom računa o prirodi stvarne službenosti, kao i o tome da li je sadržaj iste moguć i dopušten.²⁹ Svako stvarno pravo se po prirodi stvari zasniva radi vršenja, a to pravilo važi i za stvarnu službenost, koja se vrši na jedan konkretan, određen način, sa određenom sadržinom, obimom i određenim pravcem. Kada se službenost konstituiše ugovorom između vlasnika povlasnog i vlasnika poslužnog dobra, tada se ugovorom regulišu međusobni odnosi ugovorača, tako da se na taj način reguliše vršenje sadržaja stvarne službenosti preko poslužnog dobra u korist povlasnog dobra. Radi izbegavanja nesporazuma potrebno je da u ugovoru jasno i precizno bude naveden način i obim vršenja službenosti i njen pravac. Na taj način će ugovoračima sve biti jasno, a izbećiće se i nesporazumi iz-

cela tuženog. Po ovakvom ugovoru tužilac je u celosti izvršio svoju ugovornu obavezu i dozvolio tuženom da preko njegovog zemljišta prolazi putem koji je sam tuženi čak prosekao, ali tuženi ne dozvoljava tužicu da koristi vodu sa njegovih parcela, čime je došlo do neizvršenja ugovorne obaveze od strane tuženog, pa s obzirom da tuženi nije izvršio svoju obavezu, ne može se smatrati ni da je stekao pravo stvarne službenosti prolaza putem na parceli tužioca, odnosno neispunjavanjem svoje obaveze tužilac je stekao pravo na raskid ovakvog ugovora, po čl. 124. ZOO, kako je došlo do tog raskida, tuženi je prestao da bude titular prava stvarne službenosti prolaza putem, tako da je više nema. (Vrhovni sud Srbije, Rev. 4747/95 od 7. 12. 1997. godine).

²⁶ Vrhovni sud Srbije, Rev. br. 7031/97, od 1. 04. 1998. god.

²⁷ Čl. 262. st. 1. Zakona o obligacionim odnosima.

²⁸ Čl. 262. st. 2. Zakona o obligacionim odnosima.

²⁹ Prema Zakonu o vlasništvu hrvatske, pravnim poslom kojim se ustanovljava stvarna službenost, može se pravo službenosti ograničiti i opteretiti na svaki način koji je moguć, a nije nedopušten, niti suprotan pravnoj prirodi toga prava (čl. 219. st. 3).

među budućih svakdašnjih vlasnika nepokretnosti, jer samovoljno širenje obima i pravca stvarne službenosti od strane tutulara nije dozvoljeno.³⁰

Stvarna službenost ustanovljena ugovorom mora da bude određena ili bar određiva, kako bi se zaključiti kuda prolazi službenost o kojoj vrsti službenosti se radi (kolska ili pešačka) i da li je ona trajna ili privremena.

U uporednom pravu, usvojeno je pravilo, po kome, nove potrebe povlasnog dobra koje nisu rezultat normalnog razvijanja i iskorišćavanja povlasnog dobra, nemaju uticaja na obim stvarne službenosti.³¹ "Promena uslova na povlasnom dobru, recimo nije posledica njegovog normalnog razvijanja (pretvaranje nji-ve u bolnicu, bazen, prodavnice, kućno dvorište i sl). Ova promena prilika može doći kao kao posledica promene vlasnika ali i stari vlasnik može tako postupiti, u čemu ga niko neće i ne može sprečiti. Ali zato neće moći službenost da vrši na novi način. Naprotiv, ova prolina prilika je samovoljna i nepredviđena I u tom slučaju će se dozvoliti "revizija" konstituisane službenosti puta."³²

Ako su nove potrebe povlasnog dobra posledica normalnog njegovog razvijanja i eksploatacije unapređenja, službenost će se proširiti. Ovo sa razloga što titular stvarne službenosti ne izlazi iz stečenog prava, jer službenost vrši na isti način, odnosno prolazi istim putem u istim dimenzijama i put mu je i dalje potreban, a to svakodobni vlasnik poslužnog dobra mora da trpi.³³

Treba imati u vidu da potrebe povlasnog dobra u cilju normalnog razvijanja predstavljaju gornju granicu u povećanju obima vršenja službenosti puta, a da se istovremeno mora uzeti i donja granica poslužnog dobra, a to je da povećanje obima vršenja službenosti od strane svakodobnog vlasnika povlasnog dobra ne ograničava ekonomski razvoj poslužnog dobra.

U slučaju da ugovoreni odnosi budu na neki način poremećeni, odnosno da stvarna službenost se vrši suprotno sadržaju pravnog posla, odnosno suprotno od sadržaja na koji je konstituisana, tada vlasnik povlasnog ili vlasnik poslužnog dobra mogu da se obrate sudu zahtevajući od suda pravo zaštite.

Titular prava stvarne službenosti od vlasnika poslužnog dobra može zahtevati samo održavanje poslužnog dobra, kako bi se službenost mogla koristiti na

³⁰ Nije u pitanju samovoljno širenje obima službenosti puta kada titular, uz predviđene radnje potrebne za korišćenje službenosti puta, preduzimmanjem još nekih radnji koje striktno tumačeno ne proizilaze iz osnova, ali su nužne za vršenje službenosti. To su po (francuskoj pravnoj teoriji) akcesorna ovlašćenja koja dele stvarno-pravni karakter službenosti. R. Kovačević, Sadržina stvarnih službenosti, (magistarski rad), Niš 1977, str. 107.

³¹ Čl. 739. st. 1. švajcarskog Građanskog zakonika, čl. 1376. etiopskog Građanskog zakonika, čl. 712. turskog Građanskog zakonika i čl. 124. grčkog Građanskog zakonika.

³² N. Planojević, str. 80.

³³ Prema J. Hekmanu, pravilo je da se obim službenosti ravna prema potrebi onog vremena kada je službenost osnovana i da se ne može proširiti. O proširenju i dokidanju stvarnih službenosti, Naša zakonitost, br. 9/82, str. 72.

način kako je ugovoreno pravnim poslom, odnosno da službenost vrši na način na koji se poslužno dobro najmanje opterećuje. To znači da titular službenosti ne može od vlasnika poslužnog dobra zahtevati izvođenje radova na putu usled kojih bi došlo do promene u supstanci puta ili do promene u kulturi zemljišta.

Način sticanja (modus acquirendi)

Kod sticanja prava stvarne službenosti, radi se o derivativnom sticanju stvarnog prava, koji ima konstitutivno značenje, a kako se službenost stiče na tuđoj stvari, potreban je ugovor, kao titulus i upis u javnu knjigu kao način sticanja.³⁴ Uknjižba stvarne službenosti u javnu knjigu, dakle, predstavlja jedini način sticanja.

Službenost se, dakle stiče upisom u javne knjige ili na drugi način određen zakonom.³⁵ Prema tome, kod sticanja prava stvarne službenosti pravnim poslom, i kada bi postojao ugovorni odnos između vlasnika povlasnog i vlasnika poslužnog dobra, pravo stvarne službenosti na osnovu pravnog posla ne bi nastalo sve dok takvo pravo nije upisano u zemljišnim knjigama (argumentum a contrario).³⁶

Prema Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, sopstvenik povlasnog dobra stiče pravo stvarne službenosti na osnovu punovažnog ugovora upisom u zemljišnu knjigu. Stvarna službenost se upisuje kao teret u zemljišnoknjižni uložak u kojem je upisano poslužno dobro, a kao pravo u zemljišnoknjižni uložak u kojem je upisano povlasno dobro (čl. 1935. st. 1. i 2.).

Kod sticanja stvarne službenosti postoje, dakle, dve faze. Prva faza je zaključenje ugovora o konstituisanju službenosti, što predstavlja osnov sticanja (*iustus titulus*).³⁷

Druga faza je upis konstituisane službenosti u javnu knjigu (zemljišnu, intabulacionu ili u jedinstvenu katastarsku evidenciju), što predstavlja način sticanja (*modus acquirendi*).³⁸ Dakle, pravo službenosti na nepokretnosti stiče se na osno-

³⁴ Pravno je načelo da se vlasništvo na stvari koja ima vlasnika prenosi, odnosno stiče pravovaljanim naslovom i načinom sticanja. (Vrhovni sud Hrvatske, Gzz. 4/50, M. Vuković, Opšti građanski zakonik, Zagreb, 1950, str. 80.)

³⁵ Čl. 52. Zakona o osnovama svojinsko pravnih odnosa.

³⁶ Predlagáč koji traži uknjižbu prava službenosti puta, dužan je zemljišnoknjižnom sudu dostaviti između os talog skicu sačinjenu od strane merodavnog geometra u kojoj moraju grafički biti prikazane čestice predlagáča i protivne stranke, kao i širina, dužina i tačna lokacija službenosti puta. (Odluka Županijskog suda u Varaždinu, Gž. 878/06 od 16. 10. 2006. godine)

³⁷ Upis u zemljišnu knjigu ne predstavlja osnov sticanja, već samo način sticanja svojine na nepokretnoj imovini. (Vrhovni sud NR, Srbije, Gž. 1796/56)

³⁸ Pravo stvarne služnosti ne može se steći na temelju usmenog ugovora koji je realiziran, kad nije izvršen upis u zemljišne knjige koji upis ima konstitutivan karakter za stjecanje prava stvarne služnosti pravnim poslom. Prema utvrđenjima sudova, a što ni među strankama nije sporno,

vu ugovora, uknjižbom u zemljišnu ili drugu javnu knjigu u koju se upisuju prava na nepokretnostima.³⁹

Tamo gde samo postoji pravni osnov bez upisa stečene stvarne službenosti u javne knjige, može biti samo reči o obligacionom pravu, a da bi se jedno obligaciono pravo pretvorilo u kvalitetno novo – stvarno pravo, nužan je upis stečenog stvarnog prava na tuđoj nepokretnosti u javnu knjigu. Smatra se da je pravo stvarne službenosti nastalo, tj. konstituisano od trenutka upisa službenosti u javnu knjigu i od tog momenta, obligaciono pravo, koje je delovalo *inter partes*, prelazi u stvarno pravo, koje deluje *erga omnes*, a što je i cilj kod ugovaranja službenosti. Pravo stvarne službenosti se ne može steći na derivativan način ako zasnivanje nije bilo na izričit način ugovoreno.

U praksi se dešava da vlasnik jedne nepokretnosti koristi put preko druge nepokretnosti, a da vlasnik ove ne preuzima ništa da spreči prolazak njegovom parcelom, pa se postavlja pitanje da li je vlasnik, koji koristi put, prećutnim ugovorom stekao službenost prolaza ?

Po našem mišljenju ugovor ne nastaje ako jedna stranka čuti, dok druga stranka nešto čini na njegovoj nepokretnosti. Ponašanje vlasnika, kao ovlašćenog lica, preko čije nepokretnosti drugo lice prolazi, može imati značaj kod ocenjivanja savesnosti lica koje prolazi parcelom, kao pretpostavke za sticanje prava stvarne službenosti održajem, tj. da je istekao za to propisani rok faktičkog izvršavanja službenosti.

proizlazi da se na nekretninama tužitelja proteže kanalizacija kojom otječu otpadne vode s nekretnosti tuženih do potoka Z., koje su ukopane u zemlju, a protežu se pravcem ucrtanim u skici očevida (list spisa 5). Sudovi dalje utvrđuju da je do polaganja kanalizacijskih cijevi došlo na temelju usmenog sporazuma između stranaka, koji je realiziran, pa pozivajući se na odredbu članka 73. Zakona o obveznim odnosima (Nar. nov., br. 73/91, 3/94, 7/96 i 112/99 – u nastavku teksta: ZOO) smatraju da je usmenim ugovorom zasnovana stvarna služnost, jer je došlo do realizacije tog ugovora postavljanjem kanalizacijskih cijevi po zemljištu tužitelja. Prema odredbi članka 51. Zakona o osnovnim vlasničkopravnim odnosima (koji je stupio na snagu 1. rujna 1980. g.), a koji bi se u konkretnom slučaju primjenjivao s obzirom na zaključenje pravnog posla i njegovu realizaciju, stvarnopravna služnost zasniva se pravnim poslom, odlukom državnog tijela i dosjelošću, a prema članku 52. navedenog Zakona, na temelju pravnog posla stvarna se služnost steče upisom u javnu knjigu ili na drugi odgovarajući način određen zakonom. Kako je, dakle, pravni posao tek pravna osnova, a za stjecanje prava stvarne služnosti nužan je i način stjecanja, tj. upis u zemljišnu knjigu, koji suprotno izjavljenom stajalištu nižestupanskog suda ima konstitutivni karakter. Stoga, ako nema upisa, pravni posao ostaje u području obveznog prava i onda kad je ovlaštenik stupio u posjed i otpočeo s nesmetanim provođenjem sadržaja prava stvarne služnosti. (Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, br. Rev-359/00 od 9. 7. 2003)

³⁹ U ovom slučaju nije sporno da su parnične stranke zaključile ugovor o zasnivanju prava službenosti puta tužioca u korist parcele tuženoga. U skladu sa ugovorom tuženi je ušao u posjed pravaca službenosti (čl. 70. st. 3. ZOSPO). Time, međutim, tuženi nije stekao pravo službenosti, jer se za sticanje prava službenosti na nekretnini traži upis u javnu knjigu (čl. 52. ZOSPO). (Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, Rev. 463/90 od 19. 09. 1991. godine)

Zakon o osnovama svojinsko pravnih odnosa predviđa da se stvarna službenost stiče na osnovu ugovora i upisom u javnu knjigu. Pravo stvarne službenosti ne može se steći na osnovu usmenog ugovora koji je realizovan, kad nije izvršen upis u javne knjige koji upis ima konstitutivan karakter za sticanje prava stvarne službenosti pravnim poslom. Pravo stvarne službenosti stiče se upisom u javnu knjigu samo na osnovu objektivne punovažnosti pravnog posla, dok u drugim slučajevima upis nema konstitutivni, već deklarativni karakter.⁴⁰

Kupoprodajni ugovor koji sadrži odredbu o zasnivanju prava stvarne službenosti, ali na osnovu koga nije izvršen upis prava stvarne službenosti u javnu knjigu, stvara samo obligacioni odnos među ugovoračima i ne deluje prema saveznom sticaocu nepokretnosti.

Da bi se službenost upisala u javnu knjigu potreban je izričit pristanak vlasnika poslužnog dobra (*clausula inatabulandi*). Da bi se izbegle moguće sporne situacije potrebno je da upis sadržaja i obima službenosti bude što određeniji, kao i podaci o licu u čiji korist je osnovana stvarna službenost. Ovi podaci upisuju se na osnovu navoda o titularu prava, kao i sadržaju i obimu stvarne službenosti navedenim u ispravi na osnovu koje se zahteva upis. Kada je izvršenje stvarne službenosti ograničeno na određene prostorne granice, te se granice moraju tačno odrediti. One će sigurno biti tačno određene ako su ucrtane u planu koji je priložen uz ispravu na osnovu koje se zahteva upis stvarne službenosti.

U slučaju da vlasnik poslužnog dobra odbije da da pristanak za upis stvarne službenosti na njegovom dobru, tada vlasnik povlasnog dobra može odobrenja za upis da ostvari preko suda, u parničnom postupku. Upis prava na nepokretnosti može se u zemljišnim knjigama provesti samo protiv onoga koji je u vreme podnošenja molbe upisan kao vlasnik ili imalac prava u pogledu kojeg se čini upis. Dakle, pravo svojine, kao i drugo stvarno pravo na nepokretnosti stiče se upisom u zemljišnu ili drugu javnu knjigu, pa stoga kupac nepokretnosti, ili stvarne službenosti po zaključenom ugovoru, ne može zahtevati da se po osnovu kupovine,

⁴⁰ Tačna je konstatacija suda da je stvarna službenost odnos između vlasnika dveju nepokretnosti, te se ona ne može konstituisati na svojoj već samo na tuđoj nepokretnosti. Pri tom, sud smatra da stranke kao suvlasnici koriste celu parcelu i da deoba nije izvršena te da nema povlasnog i poslužnog dobra. Kao drugi razlog za odbijanje tužbenog zahteva prvostepeni sud navodi činjenicu postojanja i trajanja izvršnog postupka radi fizičke deobe nepokretnosti, gde će se i rešiti pitanje konstituisanja službenosti. ZOSPO ne pridaje zemljišnoj knjizi značaj koji je ona imala po pravnim pravilima, jer se u smislu čl. 33. ZOSPO pravo svojine stiče upisom samo na osnovu pravnog posla, dok u drugim slučajevima (sticanje iz čl. 20. ZOSPO – nasleđivanjem, po samom zakonu i odlukom državnog organa) upis nema konstitutivni karakter, već deklarativni (obaveštenje trećih lica o postojanju prava). Dakle, ako su stranke izvršile deobu pre 20 godina, onda su kao savesni držaoci realno opredeljenih delova postali vlasnici po osnovu održaja (sticanje na osnovu zakona), pa samim tim nisu morali upisati svoje pravo u ZK. U tom slučaju imaju pravo na konstituisanje prava službenosti ako njihova parcela nema izlaza na javni put po čl. 51. ZOSPO. (Odluka Okružnog suda u Požarevcu, GŽ. 1093/90 od 13. 07. 1990. godine)

kao kupac utvrdi da je vlasnik nepokretnosti, odnosno titular stvarne službenosti, ovo sa razloga što je ugovor o kupoprodaji pravni osnov za sticanje svojine na nepokretnosti, a način sticanja je uknjižba u zemljišne knjige. To znači, ako je u međuvremenu do trenutka predaje ugovora, promjenjen vlasnik u zemljišnim knjigama, tada se ne može izvršiti upis svojine, odnosno drugog stvarnog prava (na primer, prava stvarne službenosti) jer zaključeni ugovor u sebi ne sadrži tzv. klauzulu intabulandi, pa takav ugovor datom trenutku nije sposoban za provođenje u zemljišnim ili drugim javnim knjigama. Pravo stvarne službenosti na osnovu pravnog posla stiče se uknjižbom u javne knjige ali ugovor o ustanovljenju toga prava veže ugovorače, pa je neosnovan zahtev jednog ugovorača protiv drugog za utvrđenje da službenost ne postoji.⁴¹

Zakon, dalje određuje da se stvarna službenost može steći i na drugi način određen zakonom. Zakon ne navodi drugi odgovarajući način sticanja stvarne službenosti derivativnim putem. Zbog toga u slučaju razmene nepokretnosti ako ugovorom o razmeni ne bude izričito ugovoreno konstituisanje prava stvarne službenosti u korist vlasnika jedne nepokretnosti, na teret vlasnika druge nepokretnosti, ne može nastati sticanje službenosti upisom u zemljišnu knjigu jer nedostaje pravni osnov za upis.

Prema Nacrtu Zakonika o svojini drugim stvarnim pravima Republike Srbije iz 2006. godine, stvarnu službenost upisanu u javnom registru, savesni vlasnik povlasnog dobra stiče godinu dana od dana upisa izvršenog po punovažnom osnovu, odnosno dve godine od upisa bez takvog osnova, ako je za to vreme vršio njenu sadržinu. Stvarna službenost ne stiče se ako je upis izvršen protivno odredbama kojim se uređuje postupak registracije prava (upis od nenadležnog organa, višestruki upis i dr.), odnosno na osnovu falsifikovane ili neistinite isprave (čl. 329. st. 1. i 2).⁴² Na nekretninama koje nisu upisane u zemljišnu knjigu pravo službenosti se osniva polaganjem u sud overene isprave sposobne za upis prava u zemljišnu knjigu, kojom vlasnik nekretnine dopušta uknjižbu službenosti na njoj; za to polaganje uzima se da je uknjižba, odnosno predbeležba i na odgovarajući se način primenjuju pravila o sticanju tim upisom u zemljišnu knjigu (čl. 220).⁴³

⁴¹ Vrhovni sud Bosne i Hercegovine, Rev. 447/86 od 12. 03. 1987. godine.

⁴² Prema makedonskom Zakonu o vlasništvu, na osnovu pravnog posla stvarna službenost se stiče kada se sklopljeni dogovor, overi pre sudom ili pred notarom i upiše u javnu knjigu (čl. 200). Prema hrvatskom Zakonu o vlasništvu, pravo službenosti na nekretnini osniva se uknjižbom toga prava u zemljišnoj knjizi kao tereta na poslužnoj nekretnini, osim ako zakon omogućuje da se službenost osnuje drukčije. Ako nisu ispunjene sve pretpostavke koje zemljišno knjižno pravo zahteva za uknjižbu, a zatražena je uknjižba prava službenosti, predbeležbom će se osnovati to pravo uslovom naknadnog opravdanja tog upisa, ako su ispunjene barem pretpostavke pod kojima pravila zemljišnoknjižnoga prava dopuštaju predbeležbu.

⁴³ Do stupanja na snagu ZOSPO (1. 09. 1980) upis u zemljišne knjige nije bio isključiv način sticanja prava stvarne službenosti pravnim poslom, već je to mogla biti i predaja, stupanje u posed

U zemljišnu knjigu treba upisati na poslužnoj parceli što određenije: sadržaj i obim službenosti, kao i prostorne granice stvarne službenosti, npr. kod puta dužinu i širinu puta, pravac kretanja, kada je put ograničen na tačno određeni deo poslužnog dobra.⁴⁴

Prema Zakonu o državnom premeru i katastru, stranke u postupku upisa su : 1) lice u čiju korist se odlučuje o upisu 2) upisani prethodnik; 3) svako lice radi zaštite svojih prava ili pravnih interesa.⁴⁵ Uredan zahtev za upis prava u katastar nepokretnosti mora da sadrži: 1) prezime i ime jednog roditelja, adresu i jedinstveni matični broj građana, odnosno naziv, sedište, adresu i matični broj podnosioca zahteva; 2) naziv katastarske opštine i označenje nepokretnosti za koji se traži upis prema podacima katastra nepokretnosti; 3) stvarno pravo ili promenu za koju se zahteva upis. Uz zahtev za upis u katastar nepokretnosti prolazu se isprave za upis u originalu, ovrenom prepisu ili overenoj kopiji. Ako zahtev za upis nije uredan, ili ako uz zahtev nisu priloženi svi potrebni dokazi, podnosiocu zahteva naložiće se zaključkom da u određenom roku zahtev uredi, odnosno priloži potrebne dokaze.⁴⁶

Kada je vlasnik povlasnog dobra odbijen sa zahtevom za utvrđenje prava službenosti puta po osnovu ugovora zbog toga što je ugovor zaključen sa licem koje nije vlasnik poslužnog dobra, zastarelost potraživanja naknade za ustanovljenje službenosti po takvom ugovoru počinje teći od pravnosnažnosti odbijajuće presude donete u prethodnoj parnici.⁴⁷

sticaoca službenosti. (Vrhovni sud Hrvatske, Gzz. 16/84 od 4. 04. 1984. godine). Prema Stvarnopravnom zakoniku Republike Slovenije, za nastanak stvarne službenosti pored punovažnog pravnog osnova, iz kojeg proizilazi obaveza ustanovljenja službenosti, zahteva se i zemljišnoknjižna dozvola za upis u zemljišnu knjigu (čl. 215. st. 1).

⁴⁴ Prema Stvarnopravnom zakoniku Republike Slovenije, ugovor o ustanovljenju službenosti mora da sadrži ime vlasnika gospodarujuće i poslužne nepokretnosti, zemljišnoknjižne oznake obe nepokretnosti, detaljan opis i odgovarajuću naknadu, koju mora da plati vlasnik gospodarujuće nepokretnosti. Naknada se može platiti u jednokratnom iznosu ili u periodično dospelim ratama. (čl. 215. st. 2). Prema Zakonu o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Brčko Distrikta Bosne i Hercegovine, stvarna službenost osnovana pravnom poslom stiče se upisom u zemljišne knjige (čl. 141. st. 1). Pravo službenosti stečeno u skladu sa prethodnim stavom ovog člana ne može se suprostasviti pravu savesnog lica koje je, postupajući sa poverenjem u zemljišne knjige, upisalo svoje pravo pre nego što je bio zatražen upis prava službenosti stečenog na osnovu sudske odluke ili odluke drugog nadležnog organa (čl. 140. st. 3).

⁴⁵ Čl. 122. Zakona o državnom premeru i katastru.

⁴⁶ Čl. 124. Zakona o državnom premeru i katastru.

⁴⁷ Presuda Okružnog suda u Valjevu, Gž. br. 858/03 od 23. 05. 2003. godine.

DRAGOLJUB LAZAREVIĆ,
Assistant Professor, Faculty for Industrial Management
and Law University "Union – Nikola Tesla" in Belgrade

ACQUISITION OF REAL EASEMENT UNDER CONTRACT
BY THE DRAFT CIVIL CODE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

According to the Draft Civil Code of the Republic of Serbia, the actual easement is acquired on the basis of a contract between the owners of the dominant and servient owners, according to the testament, by presumption, by a court or other competent authority on the basis of the law (Art. 1934).

On the basis of a valid contract which acquires real easement, the owner of the dominant estate easement running as a real right of ownership of the dominant tenement, or from the owner of the servient estate.

The contract establishing a real servitude must fulfill all general assumptions and validity of the contract, and how to establish the actual easement on real estate, as a rule, the same should be concluded in writing. According to the Draft Civil Code of the Republic of Serbia, the contract between the owners of the dominant and servient owners on the basis of which confers a real servitude must be concluded in written form (Art. 1935, p. 1).

DIVNA SARIĆ,
MILENKO SARIĆ

STICANJE PRAVA SVOJINE PO PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA SRBIJE

– Kako zaštititi upisanog vlasnika –

U V O D

Osvrt na značaj i aktuelnost teme

Prednacrtom Građanskog zakonika Srbije¹ definisan je pojam prava svojine, sticanje prava svojine, ograničenja prava svojine, kao i ostale karakteristike navedenog prava koje zakonodavac smatra značajnim za pravno regulisanje. S tim u vezi, član 1704. istog prednacrta propisuje da se pravo svojine može steći pravnim poslom, nasleđivanjem, odlukom suda ili drugog organa, kao i na osnovu zakona.

Međutim, prednacrt pomenutog zakona ne daje odgovor na pitanje kako rešiti jednu učestalu pravnu problematiku sa kojom se državni organi nadležni za postupanje u pravnim stvarima uspostavljanja i održavanja evidencije o nekretninama i stvarnim pravima na nekretninama, susreću u pravnoj praksi.

Navedena problematika ogleda se u nedoumici kako rešiti konkretan pravni problem, zaštititi pravnu sigurnost, te omogućiti aposolutno dejstvo načela po-

Divna Sarić, Republička uprava za geodetske i imovinsko pravne poslove Banjaluka.

Milenko Sarić, Republička uprava za geodetske i imovinsko pravne poslove Banjaluka.

¹ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, Radni tekst pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim predlozima Beograd 2015.

vjerenja i pouzdanosti javne evidencije o nekretninama i pravima na nekretninama, kao temeljnih i ključnih načela zemljišno-knjižnog prava², kada se odlukom nadležnog suda vrati u pravni promet ranije osporeni pravni osnov za uknjižbu prava svojine sticaocu (pravosnažna odluka nadležnog organa o utvrđivanju svojine, ugovor i sl.), koji je svojevrsteno poslužio istom, a bez lične dozvole isknjiženom vlasniku nekretnine, kao pravni osnov za uknjižbu prava svojine ili drugog stvarnog prava, a bez upuštanja od strane istog suda u rješavanje problematike sadašnjeg stanja javne evidencije o nekretninama i pravima na nekretninama što se prvenstveno ogleda u činjenici da imamo upisanog novog knjižnog vlasnika na istoj nepokretnosti koji je svojinu stekao po drugom punovažnom pravnom osnovu uknjižbom u predmetnu evidenciju, te kao takav uknjiženi vlasnik ima sva prava i mogućnosti da svojim pravom svojine kao "najapsolutnijim stvarnim pravom"³ raspolaže i prenosi isto na nove savjesne sticaoce po isto tako punovažnim pravnim osnovima uknjižbom u javnu evidenciju o nekretninama i pravima na nekretninama.

U našoj pravnoj praksi nerijetko se dešava da najviša sudska instanca⁴ države ili entiteta, svojom odlukom, a čije neizvršavanje od strane organa nadležnih za sprovođenje istih predstavlja krivično djelo⁵, vrati u pravni promet ranije poništeni pravni osnov koji je donesen u postupku nižih sudskih instanci ili organa uprave⁶ i time ozbiljno ugrozi stečeno pravo svojine drugom nosiocu istog prava na istoj nekretnini stečeno uknjižbom po punovažnom pravnom osnovu kao refleksiji sticanja prava svojine derivativnim putem.

Imajući u vidu navedeno, opravdano se postavlja pitanje kako uopšte u konkretnim situacijama zaštititi pravo uknjiženog vlasnika nekretnine kada se ovakve pojave svakodnevno reflektuju na stanje zemljišno-knjižne evidencije država koje nemaju jasnu pravnu regulativu kojom bi odgovorile sličnim izazovima, te na odgovarajući zakonom propisan način omogućile ostvarivanje zaštite mirnog uživanja prava svojine⁷ svakom nosiocu istog zagaranovanu najvišim opštim aktima

² Opširnije o načelu povjerenja u zemljišne knjige vidjeti Jorg Weike i Larisa Tajić, *Komentar Zakona o zemljišnim knjigama u Bosni i Hercegovini*, Sarajevo 2005, str. 43-45.

³ Obrad Stanković i Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Beograd 1999, str. 57.

⁴ U BiH to je Ustavni sud BiH, u Republici Srpskoj Vrhovni sud RS, više vidi na <http://vsud-rs.pravosudje.ba> i <http://www.ccbh.ba>.

⁵ Krivični Zakon BiH ("Službeni glasnik BiH", broj 3/03 i 8/10) član 239.

⁶ U državi BiH navedeno se odnosi na sudove nadležne po mjesnoj i stvarnoj nadležnosti.

⁷ Mirno uživanje svojine zagaranovano je Protokolom 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama i sastavni je dio Ustava svake zemlje koja se rukovodi poštovanjem osnovnih principa iste.

jedne države i to prije svega Ustavom, rukovodeći se poštovanjem najviših principa ustanovljenih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima i osnovnim slobodama.

Predmet, cilj i osnovna hipoteza istraživanja

Iz navedenog primjera može se zaključiti da je pravo svojine i jednog i drugog uknjiženog vlasnika nekretnine stečeno uknjižbom u nadležnu evidenciju o nekretninama i pravima na nekretninama po punovažnom pravnom osnovu, te da i jedan i drugi nosilac prava svojine zaslužuju jednaku zaštitu svog prava, kao i svako drugo lice koje sutra to treba da postane na način propisan zakonom.

Predmet ovog rada je rješavanje pitanja koje se svakodnevno javlja u upravnoj i sudskoj praksi, vraćanjem u pravni promet određene isprave koja je poslužila kao pravni osnov za sticanje određenog stvarnog prava sticaocu, a ta isprava je odlukom suda poništena i na taj način eliminisana iz pravnog prometa.

U međuvremenu se dešava da drugo lice na istim nekretninama stekne pravni osnov za uknjižbu prava svojine i uknjiži se u javne evidencije o nekretninama i pravima na nekretninama kao nosilac prava svojine, nakon toga ima sva prava i mogućnosti prenosa svojine na drugog savjesnog sticaoca punovažnim pravnim osnovom, da bi nakon svih izvršenih promjena, najviša državna ili entitetska sudska instanca, svojevremeno poništeni pravni osnov sticanja svojine sticaocu vratila, odnosno priznala istom činjenicu da je njegovo pravo svojine od početka bilo pravilno stečeno i ispravno vršeno, a sa druge strane sadašnjem vlasniku nekretnine uknjiženom nakon isknjiženja prethodnika iz predmetne evidencije ugrozila njegovu svojinu na nekretnini, a koja je isto pravilno stečena, primjenom zakonskih normi koje navedeno regulišu, po punovažnom pravnom osnovu uknjižbom u predmetnu javnu evidenciju o nekretninama.

Nerijetko se susrećemo u praksi da ni drugog po redu uknjiženog vlasnika iz navedenog primjera nema, već do dostavljanja na provođenje predmetne sudske odluke evidenciji o nekretninama, sasvim treće lice egzistira kao vlasnik iste nekretnine.

Knjižni slednik je pravo stekao derivativnim putem od knjižnog prethodnika, da bi nakon toga nadležni sud ranijem vlasniku nekretnine, koji je bez svoje volje odlukom suda isknjižen iz evidencije o nekretninama i stvarnim pravima na nekretninama, utvrdio postojanje punovažnog pravnog osnova za upis prava svojine na istim nekretninama, odnosno "oživio" pravni osnov koji je nekada egzistirao u pravnom prometu, a koji je prema poslednjoj sudskoj kontroli zakonitosti akata nižih nadležnih instanci nepravilno eliminisan iz pravnog prometa. Sada se formalno-pravno ima smatrati da je raniji vlasnik nekretnine zapravo vlasnik od

samog početka obzirom da mu je bez njegovog pristanka njegovo pravo nepravilno oduzeto brisanjem istog iz evidencije odnosno uknjižavanjem novog vlasnika bez njegovog odobrenja.

U konkretnom primjeru pravo svojine ranijem vlasniku pogrešno je oduzeto pravosnažnom odlukom nadležnog organa i istom tom odlukom naloženo je knjiženje stvarnog prava drugom pravnom subjektu koji je opet dalje imao sve mogućnosti prometovanja uknjiženog prava, a sa druge strane na istim nekretninama sada imamo upisanog novog savjesnog vlasnika nekretnine stečene po punovažnom i nespornom pravnom osnovu derivativnim putem od prethodnika koji je bio uknjižen kao vlasnik, i koji ima takođe sva prava na zaštitu vlasništva na nekretnini kao i njegov prethodnik.

Osnovna ideja ovog rada je iznalaženje rješenja navedene problematike na način da isto bude regulisano samim zakonom, umjesto dosadašnjeg regulisanja predmetne pravne stvari popunjavanjem pravnih praznina po slobodnoj ocjeni dokaza postupajućih organa u skladu sa načelima kojima se svaki organ rukovodi vodeći i odlučujući u upravnom ili sudskom postupku, iz razloga što se predmetna problematika svakodnevno nameće u upravnoj i sudskoj praksi te zahtjeva iznalaženje rješenja na najpotpuniji način.

Cilj rada je podstaknuti stručnu javnost na rješavanje predmetne problematike i ugrađivanje odgovora na istu u sam zakon.

Osnovna hipoteza autora ovog rada je da rješenje predmetnog pitanja treba biti ustanovljeno u samom zakonu, i to, u Srbiji u Građanskom zakoniku Srbije, a u Republici Srpskoj kao dopuna Zakona o stvarnim pravima.

STICANJE PRAVA SVOJINE

Zakonsko rješenje sticanja prava svojine

Svojina je stvarno pravo, koje vlasniku daje ovlašćenje da slobodno i po svojoj volji stvar drži, koristi i da s njome raspolaže, a svakoga od toga prava isključiti u granicama određenim zakonom⁸. Po prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije "svojina je najšire pravo fizičkog ili pravnog lica da stvar po svom nahođenju drži, upotrebljava, pribira plodove i druge koristi od stvari i da njome raspolaže u granicama zakona"⁹. Zakon o stvarnim pravima¹⁰ Republike Srpske, u

⁸ Zakon o stvarnim pravima ("Službeni glasnik Republike Srpske" broj 124/08, 58/09, 95/11 i 60/15) član 17. stav 1.

⁹ Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, Radni tekst pripremljen za javnu raspravu sa alternativnim predlozima Beograd 2015, str. 443.

¹⁰ Službeni glasnik Republike Srpske 124/08.

članu 20. dalje definiše da pravo svojine može u javnom interesu biti odluzeto ili ograničeno uz naknadu, u skladu sa zakonom.

Iz zakonskih definicija svojine, može se zaključiti da je svojina, najšire stvarno pravo koje imaocu tog prava daje ovlašćenje da stvar koristi i sa njome raspolaze, te da ga niko u tome ne ometa osim u zakonom propisanim slučajevima kada se to pravo svojine može oduzeti ili ograničiti.

Zakon o stvarnim pravima, dalje u odredbi člana 23. stav 4. druga rečenica, od koje odredbe autori ovog rada i polaze pri postavljanju hipoteze za rješavanje predložene problematike, propisuje da "sticanjem prava svojine odlukom suda ili drugog organa ne prestaju stvarna prava koja su drugim licima pripadala na odnosnoj stvari, koja su određena odlukom ili zakonom, te onih koja po prirodi stvari ne mogu dalje postojati".

Navedeno zakonsko rješenje po mišljenju autora ovog rada, daje djelimično odgovor na postavljeno pitanje, dok prednacrt Građanskog zakona Republike Srbije istu problematiku decidno ne reguliše.

Obzirom da se autori rada susreću sa navedenom problematikom u svakodnevnom radu postupajući u upravnim stvarima utvrđivanja prava svojine i time stvaranju pravnih osnova za uknjižbu prava svojine na nekretninama, kao i rješavanju u zemljišnoknjižnim stvarima samog upisa prava svojine po osnovu punovažnih isprava, a u prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije ne nailaze na adekvatno rješenje predmetne problematike, to je ocjenjeno da je neophodno istražiti odnosni problem, te na ovaj način ponuditi prijedlog za rješenje istog upoređivanjem konkretnih pravnih situacija, predočavanjem konkretnih primjera iz prakse kao i prikazivanjem rješenja slične problematike u uporednom pravu.

Pravne situacije koje nameću zakonsko rješenje problema

U upravno sudskoj praksi Republike Srpske problematika predmetnih pravnih situacija se dešava često, a rezultira kao posljedica postupka denacionalizacije na gradskom građevinskom zemljištu, privatizacije državnog kapitala u preduzećima, ukidanja društvene odnosno državne svojine na zemljištu kao i pretvaranje prava korištenja, upravljanja ili raspolaganja na zemljištu u društvenoj svojini u korist nosilaca tih prava. U tim postupcima, najčešće se dešavaju pravne situacije da se određenom fizičkom ili pravnom licu utvrdi pravo svojine donošenjem odluke u upravnom postupku deklarativne pravne prirode, te da takve odluke nakon pravosnažnosti proizvedu pravno dejstvo, tj. ta fizička ili pravna lica se upišu u javne evidencije kao nosioci prava svojine, da bi nakon toga po vanrednom pravnom sredstvu pravosnažna odluka nadležnog organa koja je poslužila fizičkom ili pravnom licu kao osnov za upis prava svojine bila poništena.

Navedeni primjer u velikoj mjeri ne bi predstavljao problem u pravnoj praksi i neprekidnom pravnom prometu da u trenutku donošenja odluke o poništenju pravnog osnova o sticanju prava svojine, od strane suda ili drugog nadležnog organa, te dostavljanja iste na dalje postupanje nadležnoj javnoj evidenciji o nekretninama i pravima na nekretninama, u zemljišno knjižnoj evidenciji nadležnog organa imamo pravno stanje pogodno za provođenje takve sudske odluke, tj. da na istoj nekretnini nemamo uknjiženog novog vlasnika po drugom punovažnom pravnom osnovu koji kao vlasnik koji svoje pravo izvodi od knjižnog pretходnika i ima svu pravnu vlast koja se može imati na jednoj nekretnini te u skladu sa tim istu može i otuđiti i opteretiti i činiti sve zakonom dozvoljene radnje koncentrisane u uživanju svog prava.

Nerijetko se u konkretnoj situaciji u evidenciji može zateći i treće ili četvrto lice u čiju korist je predmetna nekretnina otuđena, koje je pouzdajući se u tačnost evidencije o nekretninama i pravima na nekretninama u skladu sa načelom pouzdanja u javne evidencije po osnovu pravnog posla ili drugim zakonom dozvoljenim načinom kao savjesni sticalac stekao uknjižbom pravo svojine i sada kao i svaki drugi vlasnik nekretnine uživa sva prava i zaštitu kao i bilo koji drugi knjižni vlasnik.

Osvrt na načelo povjerenja i načelo upisa u javne evidencije

Načelo povjerenja (pouzdanja) u javne evidencije primjenjuje se u svim pravima u kojima se stvarna prava na nepokretnostima stiču i gube upisom u javnu evidenciju¹¹. Navedno načelo daje smisao samom postojanju javne evidencije o nekretninama i pravima na nekretninama jer ukoliko se savjesni sticaoci prava na nekretninama ne bi mogli pouzdati u tačnost i potpunost podataka upisanih u istoj, takva evidencija prije svega ne bi opravdala ogromna sredstva koja se ulažu u njeno osnivanje i održavanje¹². S druge strane sticaoci stvarnih prava ne bi bili ni zainteresovani da na temelju netačnog i nepotpunog stanja u evidenciji vrše upis svojih stečenih prava na nekretninama i samim tim sistem zemljišno knjižnih registara polako bi iščezao iz prakse i izgubio svoj značaj.

Načelo povjerenja se može posmatrati sa dva aspekta i to formalno-pravnog i materijalno-pravnog. U formalno-pravnom smislu načelo povjerenja znači da se javne evidencije o nepokretnostima i pravima na nepokretnostima nalaze pod javnom kontrolom. U materijalno – pravnom smislu, načelo povjerenja ogleda se u tome da sve što je upisano u javne knjige ima prezumciju tačnosti.

¹¹ Dr Obren Stanković i dr Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Beograd 1999, str. 333.

¹² *Ibid.*

Načelo povjerenja usko je povezano sa načelom upisa pa se nekad smatralo da je ovdje riječ o jednom načelu¹³. Upis je zakonit način sticanja nepokretnosti, materijalno pravna pretpostavka za sticanje prava na nepokretnostima, njime se ostvaruje publicitet nepokretnosti, akvizitivna funkcija i konstitutivno dejstvo¹⁴.

U javne knjige se upisuju sve nepokretnosti¹⁵ i prava na nepokretnostima. Samo nepokretnosti koje su registrovane odnosno prava koja su upisana u zemljišne knjige postoje¹⁶, pri čemu niko nije dužan da ispituje da li su upisani podaci tačni¹⁷.

Pojedini autori mišljenja su da je upis kao način sticanja prava na nepokretnostima ograničen samo na sticanje stvarnog prava po osnovu pravnog posla¹⁸. Sticanje prava na nepokretnostima po osnovu zakona (održaj, građenje na tuđem zemljištu i sl.), sudske odluke, ili odluke drugog nadležnog organa, kao i nasljeđivanjem smatra se vanknjižnim sticanjem prava pri čemu upis u nadležnu evidenciju takvih prava ima samo deklarativno dejstvo sa ciljem da se ista prava publikuju i time na takav način suprotstave pravima trećih savjesnih lica koja bi oslanjajući se na načelo povjerenja mogla derivativnim putem steći pravo na nepokretnostima, a na kojima već postoji ustanovljeno pravo na način propisan zakonom a koje nije upisano¹⁹. Na osnovu zakona stvarno pravo se stiče ispunjavanjem zakonom određenih pretpostavki, na osnovu sudske ili odluke drugog državnog organa pravosnažnošću odnosno konačnošću takve odluke, a nasljeđivanjem stvarno pravo se stiče u trenutku delacije²⁰.

¹³ Košutić Mirko, *Grunovno pravo*, Tisak Kr. zemaljske tiskare, Zagreb, 1910, str. 191.

¹⁴ Josipović Tatjana: "Izvanknjižno stjecanje i prestanak stvarnih prava na nekretninama – usklađivanje zemljišno knjižnog stanja" u: Brežanski, Jasna i dr.: *Nekretnine kao objekti imovinskih prava- aktuelnost u stjecanju i raspolaganju pravima na nekretninama*, Narodne novine, Zagreb, 2005, str. 4.

¹⁵ Heinz Rey, *Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum*, Grundriss des schweizerischen Sachenrechts Band I, Verlag Stämpfl und Cie AG Bern 1991, 226.

¹⁶ Michael Kromer, *Sachenrecht des Öffentlichen Rechts: Probleme und Grundlagen eine Allgemeinen Teils des Öffentlichen Sachenrechts*, Berlin: Duncker und Humblot 1985., str. 89.

¹⁷ Rodna Živkovska, "Publicitet (registracija) stvarnopravnih sredstava za obezbeđenje potraživanja nad nepokretnostima", *Forum za građansko pravo za jugoistočnu Evropu, Izbor radova i analiza, Prva regionalna konferencija, Cavtat 2010*, Njemačka organizacija za tehničku saradnju, Beograd 2010, str. 690.

¹⁸ Simoneti, Petar: *Stjecanje prava vlasništva na nekretnini na temelju pravnog posla* u: Rasprave iz stvarnog prava, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka 2001, str. 38.

¹⁹ Vidi opširnije kod T.Josipović, *Zemljišnoknjižno pravo* str. 64; T.Josipović *Izvanknjižno stjecanje i prestanak stvarnih prava na nekretninama- usklađivanje zemljišnoknjižnog stanja*, str. 5-7.

²⁰ Ibid.

Međutim ovakvo nijansiranje načina sticanja prava na nekretninama u pravnoj praksi nije značajno za sticaoca prava jer prednost u vršenju i zaštiti uknjiženog stvarnog prava uvijek ima uknjiženi nosilac u odnosu na onog van-knjižnog, iako se prema zastupnicima ovakvih teorija ima smatrati da je stekao svojину premda istu nije upisao u javnu evidenciju.

Upis je najsigurniji način zaštite prava na nekretninama²¹ bilo da je stečena na osnovu pravnog posla, odlukom nadležnog organa ili na drugi zakonom propisan način, zbog čega se obaveznost upisa pretežno eksplicitno i nalaže zakonskim odredbama koje regulišu odnosnu materiju.

Prednacrt Građanskog zakonika Srbije propisuje pravne osnove sticanja prava svojine²² pri čemu navodi da se svojina po osnovu pravnog posla stiče upisom u zemljišnu knjigu, dok načine sticanja svojine po osnovu drugih pravnih osnova koje navodi u predmetnom članu ne reguliše. Autori ovog rada sugerišu na značaj zakonskog regulisanja i načina sticanja prava svojine i drugih stvarnih prava na nekretninama, pored navođenja pravnih osnova sticanja, te da se kao rješenje predmetne problematike u prednacrt Građanskog zakonika Srbije ugradi zakonska norma koja bi propisivala jednak način sticanja stvarnog prava za sve sticaoce istog i to upisom u nadležni javni registar nekretnina ili na drugi zakonom propisan način. Na takav način svi subjekti pravnog prometa bili bi izjednačeni u načinu sticanja stvarnog prava po različitim pravnim osnovima, pri čemu bi zakonom bilo regulisano i pitanje sukoba različitih pravnih osnova umjesto do sada regulisanog sukoba pravnih osnova koji se odnose samo na pravni posao. Obzirom da u pravnoj praksi sticaoci stvarnog prava po osnovu odluka nadležnog organa, ili drugih pravnih osnova koji nisu pravni posao, ukoliko navedeno pravo ne upišu u nadležnu evidenciju o nekretninama, u pravnom prometu nisu izjednačeni sa sticaocem stvarnog prava po osnovu pravnog posla koji je svojinu stekao uknjižbom u javni registar kao propisanim načinom sticanja, autori ovog rada ukazuju na beznačajnost takvog regulisanja načina sticanja, već nasuprot tome ukazuju na potrebu jednakog pravnog regulisanja načina sticanja prava na nekretnini za sve pravne osnove bilo da se radi o pravnom poslu, odluci nadležnog organa i dr.

Jednako regulisanje načina sticanja svojine i drugih stvarnih prava na način da se prava na nekretninama stiču na jednak način po bilo kojem punovažnom pravnom osnovu i to upisom u nadležnu evidenciju o nekretninama, doprinijelo bi unapređenju sigurnosti pravnog prometa te pouzdanost, ažurnost, potpunoj i tačnoj evidenciji nekretnina i prava na nekretninama.

²¹ Ibid, str. 17.

²² Vidi član 1704. Prednacrt Građanskog zakona Srbije.

Narušavanje povjerenja u tačnost i istinitost javne evidencije dovodi do pravne nesigurnosti, što je suprotno načelu vladavine prava kao jednoj od najviših vrijednosti ustavnopravnog poretka²³. Upravo zbog dejstva načela povjerenja u javnu evidenciju kao i načela upisa, treća savjesna lica mogu se pouzdati da je ono što je upisano u evidenciju o nekretninama i pravima na nekretninama tačno, a da ono što nije upisano ne postoji bez potrebe za istraživanjem vanknjižnog stanja stvari.

Primjer iz upravne i sudske prakse u Republici Srpskoj

Nadležnoj organizacionoj jedinici Republičke uprave za geodetske i imovinsko pravne poslove²⁴ Republike Srpske subjekat "A" podnio je zahjev za upis stvarnog prava na nekretninama. Postupajući po predmetnom zahtjevu organizaciona jedinica Republičke uprave za geodetske i imovinsko pravne poslove Republike Srpske dozvolila je upis predmetnog stvarnog prava na nekretninama u korist subjekta "A", a sve po osnovu dostavljenog punovažnog kupoprodajnog ugovora. Subjekt "A" nakon uknjižbe stvarnog prava u evidenciju o nekretninama i pravima na nekretninama, iste nekretnine optereti založnim pravom takođe po osnovu punovažnog ugovora o zasnivanju založnog prava.

Subjekt "B" podnosi tužbu pred Osnovnim sudom Bijeljina kojom traži da se pravo svojine na predmetnim nekretninama utvrdi u korist njega, da se utvrdi da je pravno ništav predmetni ugovor o kupoprodaji, te da se naloži uspostava ranijeg imovinsko pravnog stanja i predmetna nekretnina preda tužitelju u posjed i korištenje.

Presudom Osnovnog suda u Bijeljini²⁵ takav tužbeni zahjetv tužitelja je odbijen.

Protiv takve odluke Osnovnog suda Bijeljina subjekat "B" izjavljuje žalbu Okružnom sudu u Bijeljini koji odlučujući po žalbi tužitelja svojom presudom²⁶ preinačava presudu Osnovnog suda, usvaja tužbeni zahtjev tužitelja i oglašava ni-

²³ Duško Medić, Sticanje svojine od nevlasnika, *Pravni život, časopis za pravnu teoriju i praksu* 10/2015, Tom II, str. 422.

²⁴ Nadležnost Republičke uprave za geodetske i imovinsko pravne poslove Republike Srpske (skraćeno RUGIPP RS) propisana je članom 33. Zakona o republičkoj upravi ("Službeni glasnik Republike Srpske" broj 118/08, 11/09, 74/10, 86/10, 24/12, 121/12, 15/16 i 57/16).

²⁵ Presuda Osnovnog suda u Bijeljini broj Ps-392/04 od 22.12.2005. godine, vidi Službeni glasnik Republike Srpske broj 106/14, Odluka Ustavnog suda BiH AP 2113/11 od 7.10.2014. godine.

²⁶ Presuda Okružnog suda u Bijeljini broj 012-0-Pž-06-000 075 od 16.09.2008. godine, vidi Službeni glasnik Republike Srpske broj 106/14, Odluka Ustavnog suda BiH AP 2113/11 od 7.10.2014. godine.

štavim predmetni ugovor o kupoprodaji nekretnina i nalaže brisanje uknjiženog prava u evidenciji o nekretninama izvršenih u korist subjekta "A".

Po zahtjevu za vanredno preispitivanje, Vrhovni sud²⁷ Republike Srpske potvrdio je presudu Okružnog suda Bijeljina kojom je oglašen ništavim ugovor o kupoprodaji i naloženo je brisanje prava u evidenciji o nekretninama upisanih u korist subjekta "A", ali ne i brisanje uknjiženog založnog prava u korist drugog subjekta o kojem upisu nije odlučivano te je isti ostao da egzistira u evidenciji. Takve sudske odluke dostavljene su organizacionoj jedinici Republičke uprave za geodetske i imovinsko pravne poslove na provođenje, te je ista postupila u skladu sa zemljišnoknjižnim nalogima iz istih i vratila u pređašnje stanje upis stvarnog prava u korist subjekta koji je egzistirao ranije ali založno pravo na nekretnini ustanovljeno nakon provođenja spornog kupoprodajnog ugovora ostalo je upisano.

Na temelju takvog stanja u javnim evidencijama o nekretninama (pređašnjeg) subjekat "B" kao lice koje je kupilo državni kapital, shodno članu 8a. Zakona o privatizaciji državnog kapitala u preduzećima Republike Srpske²⁸, podnese pred nadležnim organom uprave zahtjev za utvrđivanje prava svojine na istim tim nekretninama, te organ uprave provede nadležni postupak u skladu sa svim važećim propisima nakon čega donese rješenje²⁹ kojim istom subjektu utvrđuje pravo vlasništva na nekretninama, te se subjekat "B", nakon pravosnažnosti navedenog rješenja³⁰ upiše u javnu evidenciju o nekretninama kao vlasnik istih uz egzistiranje ranije navedenog založnog prava.

U daljem slijedu događaja, po apelaciji tuženog (subjekta "A"), Ustavni sud³¹ BiH poništio je navedenu presudu Vrhovnog suda Republike Srpske kojim je isti potvrdio odluku Okružnog suda Republike Srpske kojom je oglašen ništavim ugovor o kupoprodaji i naloženo je brisanje upisa u zemljišnim knjigama.

U izvršenju presude Ustavnog suda BiH, Vrhovni sud Republike Srpske poništava presudu Okružnog suda i ostavlja na snazi presudu Osnovnog suda.

²⁷ Presuda Vrhovnog suda Republike Srpske broj 80 0 Ps 010786 09 Rev od 3.3.2011. godine, vidi Službeni glasnik Republike Srpske broj 106/14, Odluka Ustavnog suda BiH AP 2113/11 od 7.10.2014. godine.

²⁸ "Službeni glasnik Republike Srpske", broj 79/11.

²⁹ Republička uprava za geodetske i imovinsko pravne poslove Područna jedinica Bijeljina, rješenje broj 21.12/477-112/10 od 13.12.2010 godine.

³⁰ Navedeno rješenje postalo je pravosnažno nakon što ga je po žalbi potvrdio drugostepeni organ a u upravnom sporu Okružni sud.

³¹ Odluka Ustavnog suda BiH AP 2113/11 od 7.10.2014. Službeni glasnik Republike Srpske, broj 106/14, ili www.ccbh.ba.

Sve te sudske odluke dostavljaju se organizacionoj jedinici Republičke uprave za geodetske i imovinsko pravne poslove na nadležno postupanje. Pred organom uprave ponovo stoji problematika koju mora riješiti svojom odlukom bez jasnih zakonskih odrednica, vodeći se osnovnim načelima postupka i primjerima iz raznolike sudske prakse sa ciljem da u skladu sa načelom slobodne ocjene dokaza odluči da li je ispravnije u konkretnom slučaju brisati stečena prava subjekata upisanih u nadležnu evidenciju o nekretninama, a nakon isknjižavanja subjekta "A" kao nosioca stvarnog prava ili odbiti provođenje takvih sudskih odluka kao neprovodivih jer nerijetko u istim nedostaju osnovni elementi potrebni za provođenje u nadležnim evidencijama o nekretninama, poput nepostojanje "clausule intabulandi"³². Pored svih tih nedostataka u zakonskoj regulativi egzistiraju odredbe koje određuju da je neprovođenje odluka određenih sudova krivično djelo.

Navedeni postupak pred organom uprave je i dalje u toku i slijedi dalji tok situacije novim krugom ocjene zakonitosti akata nižih instanci od strane viših instanci. Pred nama je dalji, krug događaja i nove sudske odluke. Slijede novi sporovi i nove sudske odluke o istoj stvari. Upisani nosioci prava i dalje ostaju nedovoljno zaštićeni. Različita postupanja u istim stvarima, proizvod su nejasnog i nedovoljnog regulisanja predmetne pravne problematike.

Autori ovog rada opravdano ukazuju na veliku pravnu nesigurnost koja rezultira usled nepostojanja jasnih zakonskih odrednica kojima bi se štitilo upisano pravo svojine nosioca po nekom od punovažnih pravnih osnova.

Prema mišljenju autora ovog rada, vodeći se načelima upisa i povjerenja u evidenciju, bez kojih bi ista u velikoj mjeri izgubila svoj smisao, rješenje predmetne pravne situacije trebalo bi se ogledati u zakonskoj odredbi kojom bi bila na jasan način osigurana pravna zaštita upisanog stvarnog prava. Takođe pri tome neophodno je jasno pravno regulisanje i sukoba različitih pravnih osnova u konkretnom slučaju kupoprodajnog ugovora i pravosnažne odluke nadležnog organa.

U svakom slučaju zakonsko rješenje navedene problematike trebalo bi da bude u svjetlu refleksije načela upisa i načela povjerenja u javne evidencije o nekretninama.

Rješenje navedene problematike bi trebalo da glasi, ko izgubi određeno stvarno pravo na određenoj nekretnini, pa mu se to pravo nakon izvjesnog vremena vrati, a u međuvremenu je neko drugi ishodovao osnov sticanja stvarnog prava i upisao se u javne evidencije o nekretninama, može samo tražiti naknadu štete koju mu je prouzrokovala "nepravilna odluka nadležnog organa", a nikako da upisani vlasnik trpi da se na toj nekretnini vrati upis onoga čiji pravni osnov je

³² Izričita i strogo formalna izjava volje zemljišnoknjižnog prethodnika – lica čije se zemljišnoknjižno pravo ukida, ograničava ili opterećuje, da pristaje na uknjižbu ili predbilježbu.

“oživljen” nakon eliminisanja istog iz pravnog prometa odlukom nadležnog organa. Ukoliko bi se pak prihvatilo rješenje da se onaj koji je u međuvremenu upisan ima brisati iz nadležne evidencije o nekretninama i upisati onaj kome je u pravni život vraćen “osnov sticanja” te da ovaj drugi ima pravo na naknadu štete, to bi onda bilo suprotno načelu povjerenja u javne evidencije o nekretninama i ozbiljno bi se odrazilo kao ugrožavanje sigurnosti pravnog prometa nekretnina uopšte.

ZAKLJUČAK

Ukoliko prednacrt Građanskog zakonika Srbije, kroz zakonsku normu ne da odgovor na problematiku koja je predmet ovog rada, to će za posledicu i dalje imati dileme koje se javljaju u upravnoj i sudskoj praksi, na način da će se različito tumačiti i rješavati ovakve pravne situacije.

Rješavanjem ovog problema na način predložen od autora ovog rada, podržalo bi se u punom kapacitetu načelo povjerenja u zemljišne knjige, i zaštitilo upisano stvarno pravo savjesnog nosioca tog prava s jedne strane, te obeštetilo pravo ranije upisanog titulara stvarnog prava kome je to pravo organ vlasti nezakonito oduzeo.

DIVNA SARIĆ,
Republican Administration for Geodetic
and Property Legal Affairs, Banja Luka
MILENKO SARIĆ
Republican Administration for Geodetic
and Property Legal Affairs

ACQUISITION OF THE OWNERSHIP BY THE PRELIMINARY DRAFT OF CIVIL CODE

Summary

If the preliminary draft of Civil Code of Serbia within its law provision does not give an answer related to the subject of this paper, it will result in the continuation of dilemmas that are occurring at administrative and judicial practice. This legal situation will continue to be interpreted and solved in the different manner.

Resolving of this problem through the acceptance of solution suggested by the author of this paper will support, in the full capacity, principle of trust in the Land Registers and protection of registered property right of the conscientious owner. On the other hand this solution would provide secure indemnity for the property ancestor that was unlawfully deprived by decision of the competent authority.

BALŠA KAŠĆELAN

OPOREZIVANJE NASLEDSTVA

U V O D

Nasleđivanje predstavlja prenos stvari i prava sa pretka na potomke, tj. sa jednog na drugog pravnog subjekta. Nasleđivanje je uređeno na način da nakon ostaviočeve smrti (delacije), sukcesori (lica koja stupaju u prava prethodnika), postaju njegovi naslednici na osnovu srodstva ili bračne veze sa ostaviocem.

Naše pravo činjenicu delacije tretira kao trenutak na osnovu koga zakonski naslednici automatski stiču svoja nasledna prava. Raspravljanje zaostavštine, određivanje naslednika i njihovog dela, odigrava se u ostavinskom postupku i završava se donošenjem rešenja o nasleđivanju. Nasledno pravo a samim tim i ostavinski postupak služe prvenstveno rešavanju sporne situacije koja se dešava smrću fizičkog lica u onim pravnim odnosima u kojima je to fizičko lice pravni subjekat. U takvim situacijama, putem primene naslednopravnih normi sud odlučuje o pravima i obavezama sukcesora. Nasledstvo jednog lica čine "ukupnost subjektivnih prava i obaveza i ukupnost objekata"¹, koje su mu pripadale u trenutku delacije. Značaj naslednog prava i uopšte nasleđivanja danas dobije sve više na ceni imajući u vidu porast vrednosti zaostavštine (naročito pokretnih stvari), pa stoga i ne čudi "kako je to uostalom davno konstatovano u literaturi, da celoku-

Dr Balša Kaščelan, docent Univerziteta Slobomir, Bijeljina.

¹ Svetislav Vuković, *Komentar zakona o nasleđivanju i zakona o vanparničnom postupku*, Beograd, 2001, str. 15.

pno bogatstvo jednog društva ciklično prolazi kroz pravila naslednog prava, kako bi prešlo pre svega na univerzalne, i u određenoj meri na singularne sukcesore”.²

Prilikom prelaska zaostavštine na sukcesora dolazi do oporezivanja te imovine. Oporezivanje nasledstva je stari institut koji je bio poznat još u doba starog Rima za vreme vladavine cara Augusta.³ Danas, većina savremenih država u svom pravnom sistemu prepoznaje institut oporezivanja nasledstva⁴ bilo kroz posebne zakone bilo kroz zakon o porezu na imovinu. Pitanje opravdanosti oporezivanja nasledstva je omiljena tema kada se govori o uzrocima ekonomske nejednakosti među stanovništvom. U tom smislu profesor Piketi u svom delu “Kapitalizam u 21. veku”, sažima sve dosadašnje rasprave širokog kruga pravnih teoretičara kako bi pokazao da je nasledstvo upravo jedan od uzroka stvaranja i održavanja ekonomske nejednakosti u društvu.⁵ Progresivno oporezivanje nasledstva stoga, prof. Piketi vidi kao jedan od efikasnih sredstava ublažavanja i ograničavanja postojećeg jaza među ljudima kada je reč o njihovom materijalnom stanju, a koje može dovesti i do socijalnih nemira i sukoba.⁶ S druge strane, u literaturi se nalaze i zamerke ovako postavljenom (pojednostavljenom), gledištu o potrebi uvođenja globalnog progresivnog poreza na kapital, i nemogućnosti njegovog ostvarenja zbog tzv. poreske konkurencije.⁷

Pobornici oporezivanja nasleđa najčešće ističu argumente koji govore da je u pitanju imovina koju naslednici dobijaju bez angažovanja bilo kakvog rada, da se radi dakle, o povećanju ekonomske snage naslednika koje nije rezultat rada; da se oporezivanjem nasleđivanja sprečava koncentracija velikog bogatstva u uskom krugu naslednika; takođe, navodi se da se oporezivanjem nasledstva sprečava produblјivanje postojećih socijalnih razlika i ekonomskog disbalansa među po-

² Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije*, četvrta knjiga - Nasleđivanje, 2014, str. 4.

³ “Porez na nasledstvo je ubiran još u Egiptu pre nove ere, a u starom Rimu je iznosio 5%.” Nikola Gavella, Vlado Belaj, *Nasledno pravo*, Zagreb, 2008, str. 503. Međutim, u srednjem veku se donekle izgubio značaj problematike oporezivanja nasleđa, imajući u vidu da je krug naslednika bio relativno uzak (najstariji član porodice), da bi tek početkom 17 veka u većem broju zemalja počelo aktivnije inkorporiranje poreza na nasledstvo u okviru poreskih sistema. U srednjem veku su pravila nasleđivanja osim imovinske komponente u sebi, dakle, uključivala i nasleđivanje titule, profesije i sl. Božidar Jelčić, *Porez na nasledstvo i darove*, *Hrvatska pravna revija*, 2003, str. 76.

⁴ Iako je danas nesporna potreba postojanja instituta oporezivanja nasledstva, među državama postoje razlike u pogledu obveznika poreza, u pogledu trenutka nastanka poreske obaveze, zatim u izboru vrste i visine poreske stope, načinu i obimu poreskog oslobođenja i dr.

⁵ Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, London, 2014, str. 269.

⁶ Thomas Piketty, *Capital in the Twenty-First Century*, London, 2014, str. 267 i dalje.

⁷ O problemima savremenog kapitalizma videti: Boris Begović, *Prikaz knjige “Kapital u 21. veku”*, *Analі*, br. 2, 2014, str. 287 i dalje.

jedincima; da je potrebno da i država kroz naplatu poreza učestvuje u deobi zaostavštine imajući u vidu da je danas društvena zajednica preuzela na sebe mnoge funkcije koje je ranije imala tradicionalna porodica; da je potrebno kroz institut poreza izvršiti pravilniju i pravičniju raspodelu nacionalnog bogatstva u društvu i time ostvariti donekle iste uslove za sve pojedince kada je reč o početnom akumuliranju kapitala.⁸ Nasuprot ovim gledištima, protivnici oporezivanja ističu da je reč o jednoj te istoj imovini koja samo menja titulara, da nema sticanja novih vrednosti, da nema nove privredne aktivnosti koja bi opravdala oporezivanje. Takođe, kada je u pitanju navođenje argumenta da se oporezivanjem vrši pravičnija raspodela bogatstva, protivnici oporezivanja navode da to nije sasvim tačno, imajući u vidu da novčani iznos dobijen od ove vrste poreza zauzima skromno mesto u sistemu poreskih prihoda i sl.⁹

PROCENA IMOVINE

Da bi došlo do oporezivanja nasljedstva, u ostavinskom postupku (postupku za raspravljanje zaostavštine), potrebno je prvo da se preduzmu određene procesne radnje - popis i procena imovine umrlog. U praksi naših sudova, ostavinski sudija po pravilu vrši samo popis imovine. Procenu imovine tj. utvrđivanje vrednosti nepokretnih i pokretnih stvari sudija ne radi ex officio, već samo ukoliko postoje određene zakonske pretpostavke. U tom smislu, javni beležnik će na osnovu odluke suda popisati i proceniti imovinu kada se ne zna za naslednike ili za njihovo boravište, kada su naslednici lica koja usled maloletstva, duševne bolesti ili zbog drugih okolnosti nisu u stanju da se sama staraju o svojim pravima i obavezama, kada zaostavštinu kao poslednji zakonski naslednik nasleđuje država, kao i u drugim opravdanim slučajevima.¹⁰ Takođe, sud će doneti odluku o popisu i proceni imovine i kada to zahtevaju naslednici, legatari ili poverioci zaostavštine. U ostalim slučajevima, (kada se to ne zahteva od strane učesnika postupka ili ako nisu ispunjeni zakonski uslovi), sud neće vršiti procenu imovine ostavioca, već će samo popisati imovinu, proglasiti naslednike i odrediti njihove udele.

⁸ Videti o razlozima opravdanosti oporezivanja detaljnije: Zrinko Trčović, *Oporezivanje nasljedstva i darova*, *Računovodstvo, revizija i finansije*, 2003, str. 160; Božidar Jelčić, *Porez na nasljedstvo i darove*, *Hrvatska pravna revija*, 2003, str. 76; Nikola Mijatović, *Oporezivanje nasljedstva i darova u RH*, *Pravo i porezi*, br. 11, 2003, str. 35 i dalje; Nikola Gavela, Vlado Belaj, *Nasledno pravo*, Zagreb, 2008, str. 503.

⁹ Nikola Gavela, Vlado Belaj, *Nasledno pravo*, Zagreb, 2008, str. 503.

¹⁰ Član 96. Zakona o vanparničnom postupku, ("Sl. glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88 i "Sl. glasnik RS", br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014 i 6/2015).

Ovakvo postupanje u ostavinskom postupku važi pod uslovom da je u pitanju prenos imovine na naslednike prvog zakonskog naslednog reda. Imajući u vidu činjenicu da pripadnici prvog naslednog reda (potomci i bračni drug), nisu obveznici poreza na nasleđe tj. ne podležu oporezivanju, tada nije neophodan uslov izvršiti procenu imovine jer nema oporezivanje iste. Ali, ako su na nasleđe pozvani pripadnici drugog ili ostalih naslednih redova, tada postoji zakonska obaveza suda da uradi procenu tržišne vrednosti imovine kako bi se odredila i visina poreza koji treba da bude naplaćen.

Isto tako, do procene imovine može doći u još jednom slučaju. Naime, ukoliko se među učesnicima¹¹ ostavinskog postupka jave sporna činjenična pitanja koja se tiču vrednosti imovinske mase, tada će ostavinski sud prekinuti postupak raspravljanja zaostavštine i uputiće učesnike na parnični postupak¹² koji će između ostalog utvrditi procenu i vrednost sporne imovine. Drugim rečima, praksa naših sudova govori da se procena imovine dešava samo izuzetno jer sud to neće uraditi po službenoj dužnosti ako učesnici postupka na tome ne insistiraju, i ako među njima postoji dogovor da se procena imovine ne obavi.

¹¹ Nema mesta prekidu ostavinskog postupka radi upućivanja na parnicu lica koje nema svojstvo učesnika u postupku, bez obzira na osnovanost njegovog zahteva. Okružni sud u Beogradu, Gž. 3451/81.

¹² Prekid ostavinskog postupka i upućivanje na parnicu je značajan procesni institut koji uvek rađa određene nedoumice. Ostavinski sudija u postupku raspravljanja zaostavštine preduzima dve vrste radnji: utvrđivanje i odlučivanje. Sudija utvrđuje sva nesporna činjenična pitanja koja se mogu javiti u toku postupka, a o pravnim pitanjima donosi odluku. U skladu sa ovim, ako se u postupku jave sporna činjenična pitanja među zainteresovanim licima ostavinski sud će prekinuti postupak i uputiti stranke na parnicu. Dakle, ostavinski sud će pristupiti rešavanju samo onih pravnih pitanja koja proizilaze iz nespornog činjeničnog stanja. Donošenje odluke o osporenim činjenicama nije moguće u ostavinskom postupku već je njihovo rešenje prepušteno parnici. Ove sporne činjenice dakle, pokazuju karakteristike prethodnog pitanja, od čijeg rešenja zavisi i odluka ostavinskog suda. Pri tome ovo ograničenje nadležnosti ostavinskog suda i njegovo obavezivanje da uputi na parnicu stranke, predstavlja u stvari izuzetak od nadležnosti ostavinskog suda da donosi sve odluke o pitanjima nasleđivanja. Međutim, ovo upućivanje na parnicu ne znači istovremeno i pasivnu ulogu ostavinskog suda u domenu raspravljanja zaostavštine. Naprotiv, ostavinski sud će doneti ovo rešenje tek kad utvrdi da li postoji spor, koje su činjenice sporne, i da li su od značaja za rešenje naslednopravnih pitanja. Oliver Antić, Zoran Balinovac, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Beograd, 1995, str. 52; Danica Kitić, Pitanje odnosa između ostavinskog i parničnog postupka, *Pravni život*, br. 4, 1964, str. 50; Dušan Stamenković, Prekid vanparničnog postupka i upućivanje na parnicu, *Pravni život*, br. 1, 1990, str. 65; Mijal Stojanov, Ostvarivanje naslednog prava u parnici, *Pravni život*, broj. 2, 1981, str. 42; Željko Borić, Upućivanje na parnicu u ostavinskom postupku, *Informator*, Zagreb, 2015, str. 16; Balša Kaščelan, *Odnos ostavinskog i parničnog postupka*, magistrarska teza, Beograd, 2005, str. 83.

Prema našem pozitivnom pravu, porez na nasljedstvo je uređen Zakonom o porezima na imovinu.¹³ U okviru navedenog zakona regulisan je porez na imovinu, porez na nasleđe i poklon i porez na prenos apsolutnih prava.¹⁴ Porez na nasljedstvo je kategorizovan zajedno sa porezom na poklon imajući u vidu da je i u jednom i u drugom slučaju reč o prenosu imovine bez naknade (besteretnim putem) i da je reč o povećanju imovine bez uloženog rada. Razlika se tiče da li je u pitanju vezivanje prenosa za činjenicu smrti (mortis causa), ili se prenos imovine obavlja među živima (inter vivos). Naš zakonodavac se opredelio za isti poreski tretman nasleđene ili poklonjene imovine imajući u vidu da bi drugačije rešenje moglo dovesti do zloupotrebe od strane ostavioca odnosno poklonodavca.¹⁵

PREDMET OPOREZIVANJA

Predmet oporezivanja je određen čl. 2 i 14. Zakona o porezima na imovinu i uključuje pravo svojine i druga prava na nepokretnosti. Sam pojam nepokretnosti, između ostalog, dat je Zakonom o prometu nepokretnosti u kojem se navodi da se pod pojmom nepokretnosti podrazumeva zemljište (poljoprivredno, građevinsko, šume i šumsko zemljište), zgrade (poslovne, stambene, poslovno-stambene, ekonomske i dr), i drugi građevinski objekti, kao i posebni delovi zgrada (stanovi, poslovne prostorije, garaže i garažna mesta), na kojima može postojati zasebno pravo svojine.¹⁶ Porez na nasleđe se plaća na pravo svojine i druga prava na nepokretnosti i to na:

1) pravo svojine, odnosno na pravo svojine na zemljištu površine preko 10 ari; 2) pravo zakupa stana ili stambene zgrade konstituisano u korist fizičkih lica,

¹³ Videti Zakon o porezima na imovinu, ("Službeni glasnik RS", br. 26/01, 45/02 - US, Sl. list SRJ, br. 42/02 - US, Sl. glasnik RS, br. 80/02 - dr. zakon, 80/02, 135/04, 61/07, 5/09, 101/10, 24/11, 78/11, 57/12 - US, 47/13, 68/14).

¹⁴ U Hrvatskoj je drugačije postavljena pravna osnova oporezivanja nasleđa. Razlika postoji zavisno od toga da li je u pitanju oporezivanje nepokretnih ili pokretnih stvari. Drugim rečima, problematiku oporezivanja uređuju tri propisa: Zakon o porezu na promet nekretnina, Zakon o finansiranju jedinica lokalne i regionalne samouprave i Zakon o posebnom porezu na motorna vozila. Videti: Mirjana Mahović-Komljenović, Porez na nasljedstva i darove, *Informator*, Zagreb, 2014, str. 17; Nikola Mijatović, Oporezivanje nasljedstva i darova u RH, *Pravo i porezi*, br. 11, 2003, str. 35 i dalje; Nikola Gavela, Vlado Belaj, *Nasledno pravo*, Zagreb, 2008, str. 505.

¹⁵ Na ovaj način je uklonjena mogućnost da poreski tretman nasleđene ili poklonjene imovine utiče na vlasnika imovine hoće li imovinu preneti za života ili će se prenos imovine vezivati za činjenicu smrti. Božidar Jelčić, Porez na nasljedstvo i darove, *Hrvatska pravna revija*, 2003, str.

¹⁶ Član 1. Zakona o prometu nepokretnosti ("Sl. glasnik RS", br. 93/2014, 121/2014 i 6/2015).

u skladu sa zakonom kojim je uređeno stanovanje, odnosno socijalno stanovanje, odnosno zakonom kojim su uređene izbeglice, za period duži od jedne godine ili na neodređeno vreme; 3) pravo korišćenja građevinskog zemljišta površine preko 10 ari, u skladu sa zakonom kojim se uređuje pravni režim građevinskog zemljišta; 4) pravo korišćenja nepokretnosti u javnoj svojini od strane imaoца prava korišćenja, u skladu sa zakonom kojim se uređuje javna svojina; 5) korišćenje nepokretnosti u javnoj svojini od strane korisnika nepokretnosti, u skladu sa zakonom kojim se uređuje javna svojina; 6) državinu nepokretnosti na kojoj imalac prava svojine nije poznat ili nije određen; 7) državinu nepokretnosti u javnoj svojini, bez pravnog osnova; 8) državinu i korišćenje nepokretnosti po osnovu ugovora o finansijskom lizingu.¹⁷

Pored nepokretnosti, istim Zakonom je predviđeno da je predmet oporezivanja i nasledeni:¹⁸ štedni ulog; gotov novac; depozit u banci; novčano potraživanje; pravo intelektualne svojine; pravo svojine na vozilu, plovilu, odnosno vazduhoplovu i drugim pokretnim stvarima.¹⁹

PORESKI OBVEZNIK

Poreski obveznik poreza na nasledstvo je naslednik ili legatar (isporukoprimac).²⁰ Strani državljani u Republici Srbiji imaju, pod uslovom uzajamnosti, jednak naslednopravni položaj kao i domaći državljani.²¹ Dakle, obzirom da domaća fizička i pravna lica imaju isti nasledni položaj kao i strana fizička i pravna lica,

¹⁷ Čl. 2. Zakona o porezima na imovinu.

¹⁸ Prema navedenom zakonu od oporezivanja se izuzima prenos dobitka u igri na sreću sa organizatora igre na dobitnika kao i nasledni udeo u pravnom licu, odnosno hartija od vrednosti; moped, motokultivator, traktor, radne mašine, državni vazduhoplovi, odnosno vazduhoplovi bez sopstvenog pogona; novac, prava, odnosno stvari koje naslednik nasledi od istog lica, za vrednost nasleđa do 100.000 dinara u jednoj kalendarskoj godini po svakom od tih osnova. Čl. 14. Zakona o porezima na imovinu.

¹⁹ Čl. 14. Zakona o porezima na imovinu.

²⁰ Isporuka ili legat je odredba u zaveštanju (testamentu), kojom zaveštalac (testator), određenom licu (isporukoprimcu), ostavlja tačno određenu stvar (ili više stvari), neko pravo ili određeni novčani iznos. Isporukoprimac mora da ispuni sve opšte uslove koje treba da ispuni i naslednik da bi mogao da se pozove na nasleđe. Međutim, za razliku od naslednika legatar je singularni sukcesor i ima samo obligaciono-pravni zahtev prema licu koje je opterećeno legatom.

²¹ "Strani državljani mogu na teritoriji SFRJ sticati pravo vlasništva na nepokretnoj imovini na osnovu prava nasleđivanja primenom načela reciprociteta..." (Zaključak dvanaeste zajedničke sednice Saveznog suda, republičkih vrhovnih sudova, pokrajinskih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 13. maja 1979. godine). Svetislav Vuković, *Komentar zakona o nasleđivanju i zakona o vanparničnom postupku*, Beograd, 2001, str. 41.

obveznik poreza je određen teritorijalnim principom i ne zavisi od državljanstva. Na nepokretnosti koja je predmet nasleđivanja porez će prema pozitivnom pravu, platiti fizičko ili pravno lice bez obzira da li su strani ili domaći državljani ukoliko se nepokretnost nalazi na teritoriji Republike Srbije. Isto tako, ukoliko domaći državljanin nasledi nepokretnost u inostranstvu, neće biti u obavezi platiti porez na nasledstvo prema pozitivnom pravu svoje države, već postaje poreski obveznik inostrane države i plaća porez u skladu sa tamošnjom procedurom.²²

Ukoliko iza ostavioca postoji više naslednika koji nasleđuju idealne delove, tada se oni zovu sanaslednici i postaju poreski obveznici u skladu sa vrednošću svog nasleđenog dela. Naravno, kod pitanja poreskih obveznika treba voditi računa o naslednim redovima. Značajnu ulogu prilikom određivanja da li će neko lice biti poreski obveznik ili ne zavisi i od toga da li je u konkretnom slučaju došlo do odricanja od nasleđa.²³ Odricanje od nasleđa je negativna nasledna izjava²⁴ i nju treba razlikovati od odricanja u korist određenog sanaslednika koja se smatra pozitivnom naslednom izjavom jer ona istovremeno podrazumeva i ustupanje naslednog dela sanasledniku.²⁵ Ukoliko su konkretnom primeru iza ostavioca ostali sin i ćerka, pa se desi da se u ostavinskom postupku sestra (ćerka ostavioca), odrekne nasleđa u korist brata (sina ostavioca), tu (imajući u vidu poreska pravila), razlikujemo dve situacije:

a) u prvom slučaju ukoliko sestra (ćerka ostavioca), ima potomke tada će (primenjujući pravila o poklonu), brat (sin ostavioca), platiti porez na nasledstvo i to na onaj deo koji mu je sestra ustupila.

b) u drugom slučaju ukoliko ćerka (sestra), nema potomke tada će se takođe primenjivati pravila o poklonu ali brat neće biti poreski obveznik jer je jedini naslednik, odnosno on bi postao naslednik i u slučaju da se njegova sestra samo odrekla nasleđa bez ustupanja naslednog dela.

Ovu bitnu razliku koja je izvor različite primene zakona u praksi, potvrđuju odredbe Zakona o porezima na imovinu koji u članu 21. predviđa poresko oslo-

²² Nikola Mijatović, Oporezivanje nasljedstva i darova u RH, *Pravo i porezi*, br. 11, 2003, str. 35 i dalje.

²³ Imajući u vidu načelo dobrovoljnosti nasleđivanja, od potencijalnog naslednika zavisi da li će se odreći ili prihvatiti nasleđa.

²⁴ Pravo na davanje negativne nasledničke izjave pruža mogućnost nosiocu tog prava da se shodno svojoj volji odredne prava na nasleđivanje i da se time stvori situacija kao da nikada nije ni postao ostaviočev naslednik. Marija Butković, Institut odricanja od nasljedstva, sa posebnim osvrtom na ugovor o odricanju od nasljedstva koje nije otvoreno, *Hrvatska pravna revija*, 2013, str. 256.

²⁵ O naslednopravnim efektima odricanja u korist određenog naslednika videti: Dragica Živojinović, Ustupanje naslednog dela, *Pravni život*, br.10, 1997, str. 506.

bođenje za imovinu koja je ustupljena u ostavinskom postupku, a koju bi eventualni poreski obveznik ionako nasledio da se naslednik (poklonodavac), odrekao nasleđa bez ustupanja naslednog dela. Dakle, da li će naslednik (poklonoprimalac), biti u obavezi da plati porez na ustupljeni deo ili ne (drugim rečima da li će postati poreski obveznik ili ne), zavisi samo od situacije da li ustupilac naslednog dela (poklonodavac) ima potomke. U prvom slučaju plaća porez jer ne bi prema prirodnom toku stvari bio jedini naslednik (da je došlo samo do odricanja nasleđa u tom slučaju bi potomci lica koje je dalo negativnu naslednu izjavu bili pozivani na nasleđe po pravilu predstavljanja). U drugom slučaju kada ćerka (poklonodavac) nema potomaka, tada brat (poklonoprimalac), nije poreski obveznik jer ostaje jedini naslednik.

U toku ostavinskog postupka može doći i do deobe nasledstva.²⁶ Deoba može biti fizička i civilna, zavisno od toga da li se dele pojedine stvari in natura ili se prodaju. Prema Zakonu o vanparničnom postupku ako u toku postupka za raspravljanje zaostavštine svi naslednici sporazumno predlože deobu i način deobe, sud će ovaj sporazum uneti u sadržinu rešenja o nasleđivanju.²⁷ Sporazum o deobi nasledstva koji je postao deo rešenja o nasleđivanju ima u svemu dejstvo sudskog poravnanja, pa je u slučaju kada zadržava sve elemente potrebne za izvršenje, valjan izvršni naslov.²⁸ Ukoliko je došlo do fizičke deobe nasledničke zajednice koja je u srazmeri sa idealnim naslednim delovima svakog od naslednika, tada gledano sa stanovišta poreske politike takva deoba ne predstavlja promet i u toj situaciji naslednici ne postaju poreski obveznici. Međutim, ukoliko je do potpune fizičke deobe došlo na način da veličina vrednosti naslednog dela svakog od naslednika ne odgovara veličini vrednosti njegovog dela pre deobe (tj. ako je posle deobe neko od naslednika dobio veći deo od zakonskog dela koji mu pripada), tada takva deoba predstavlja sa poreskog stanovišta učinjen poklon nekom od sanaslednika koji sa sobom povlači plaćanje poreza na poklon, drugim rečima,

²⁶ Univerzalni sukcesori (naslednici), imaju mogućnost da zatraže deobu nasledničke zajednice koja je formirana delacijom ostavioca. To znači da naslednik može podneti zahtev za deobu i tražiti da potpuno ili delimično istupi iz nasledničke zajednice. Deobom se na taj način raskida naslednička zajednica. Prema pozitivnopravnim propisima pravo da se zahteva deoba ne može zastareti, stoga su ostali sanaslednici dužni da izađu u susret podnosiocu zahteva. Samo u jednom slučaju zahtev za deobom ne bi bio momentalno prihvaćen a to je slučaj kada je zahtev podnet u "nevreme". U tom slučaju, prihvatanje zahtev podnosioca je privremeno odloženo.

²⁷ Čl. 122. Zakona o vanparničnom postupku, ("Sl. glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88 i "Sl. glasnik RS", br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014 i 6/2015).

²⁸ Načelno pravno shvatanje opšte sednice Vrhovnog suda Slovenije, od 21. 12. 1963. godine. Navedeno prema: Svetislav Vuković, *Komentar zakona o nasleđivanju i zakona o vanparničnom postupku*, Beograd, 2001, str. 15.

određeni sanaslednik postaje poreski obveznik osim kada su ispunjeni zakonski uslovi za poresko oslobođenje.²⁹

U slučaju kada zaostavštinu čini nepokretnost, a sanaslednici se u ostavinskom postupku sporazumeju da se konstituiše pravo doživotnog uživanja u korist jednog od naslednika (npr. da jedan od naslednika ima pravo korišćenja nepokretnosti za života), na konstituisanje tog prava se ne plaća porez.³⁰

PORESKA OSNOVICA I NASTANAK PORESKE OBAVEZE

Poreska osnovica na nasleđe je tržišna vrednost nasleđene imovine, umanjena za iznos dugova troškova i drugih tereta koje je poreski obveznik dužan da isplati ili na drugi način izmiri iz nasleđene imovine, na dan nastanka poreske obaveze.³¹ Pod tržišnom vrednošću nepokretnosti smatra se cena koju je moguće postići u određenom trenutku na tržištu. Cena koju je moguće postići u sebi podrazumeva donju granicu tržišne vrednosti, realnu cenu na tržištu i maksimalno očekivanu tržišnu vrednost. Najčešće se to radi na osnovu podataka o tržišnoj vrednosti utvrđenoj u najmanje dva pravnosnažna rešenja poreskog organa, doneta u postupku utvrđivanja poreza na prenos apsolutnih prava za promet istog ili sličnog zemljišta na tržištu koje je u istoj ili susednoj katastarskoj parceli i klase i koji je datumski najbliži momentu nastanka poreske obaveze koja se utvrđuje.³² Vrednost nepokretnosti utvrđuje organ jedinice lokalne samouprave nadležan za utvrđivanje, naplatu i kontrolu izvornih prihoda jedinice lokalne samouprave. Sa druge strane, procena vrednosti nasleđenih pokretnih stvari se vrši na osnovu tržišne cene takvih stvari u mestu popisa, a sud može tražiti i izveštaj o ceni stvari od nadležnih institucija.

Osnovica poreza na nasleđe je tržišna vrednost imovine u trenutku pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju. Imajući to u vidu treba istaći da “predmet opo-

²⁹ Mišljenje Ministarstva finansija br. 430-03-00072/2010-04 od 15.03.2010. godine, Republika Srbija.

³⁰ Mišljenje Ministarstva finansija br. 430-06-00146/2011-04 od 04.06.2012. godine, Republika Srbija.

³¹ Čl. 16. Zakona o porezima na imovinu.

³² Utvrđivanje tržišne vrednosti nepokretnosti vrši se ili procenom tržišne vrednosti nepokretnosti bez izlaska na teren ili procenom tržišne vrednosti nepokretnosti izlaskom na teren. Vide ti: Uputstvo o postupku i načinu utvrđenja poreza na prenos apsolutnih prava, (“Sl. glasnik RS” br. 80/02, 84/02, 23/03, 70/03, 55/04, 61/05 85/05, 62/06, 61/07 i 20/09).

rezivanja može da bude samo zgrada koja je nasleđena prema rešenju o nasleđivanju, a ne zgrada sagrađena na mestu nasleđene”.³³

Poreska obaveza u odnosu na nasleđeni deo nastaje prema našem pozitivnom pravu u trenutku pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju. Poreski obveznik poreza na nasleđe je dužan da podnese poresku prijavu sa tačnim podacima u roku od deset dana od dana nastanka poreske obaveze.³⁴ Takođe, poreski obveznik je dužan da priloži i odgovarajuću dokumentaciju³⁵ koja je potrebna za utvrđivanje poreske obaveze. Ovde treba imati u vidu da se određena pravila nasleđnog prava ne poklapaju sa odredbama poreske politike. Naime, poznato je da u našem pozitivnom pravu naslednik stiče zaostavštinu po sili zakona (ipso iure), trenutkom smrti ostavioca. To znači da lice postaje naslednik ostavioca bez odgovarajuće sudske odluke.³⁶ Sudska odluka koja se donosi u formi rešenja o nasleđivanju ima deklarativni karakter, ona samo utvrđuje da je neko lice postalo naslednik.

Međutim sa stanovišta poreske politike, kao što je rečeno, poreska obaveza nastaje trenutkom pravnosnažnosti ostavinskog rešenja, iako je lice i pre donošenja tog rešenja postalo naslednik. Radi lakšeg računanja, poreska pravila se oslanjaju na formalni akt kojim se neko oglašava za naslednika. Kada je reč o nepokretnostima u zaostavštini ovo razmimoilaženje pravila nasleđnog prava i poreske politike nije toliko značajno, ali kada je reč o nasleđivanju pokretnosti tada stvari stoje drugačije. Prema pozitivnom pravu Srbije, kada zaostavštinu čine samo pokretne stvari, a naslednici ne zatraže vođenje ostavinskog postupka, ostavinski postupak se obustavlja.³⁷ Imajući u vidu da za razliku od nekih rešenja uporednog prava,³⁸ zakon ne traži da pokretne stvari budu manje vrednosti, može se javi-

³³ Iz obrazloženja: Tužilac navodi da je od ostavioca nasledila nepokretnost i to kuću od 40 m², ali da prilikom poreske procene nije procenjena ta nepokretnost nego zgrada koju je ona sagrađila, što ne može biti predmet procene jer nije ostavina. Odluka Upravnog suda Hrvatske, (Us-10375/2001), navedeno prema: Nikola Mijatović, *Oporezivanje nasleđstva i darova*, *Hrvatska pravna revija*, 2008, str. 43.

³⁴ Čl. 17. Zakona o porezima na imovinu.

³⁵ Pre svega misli se na rešenje o nasleđivanju, a po potrebi i ostalu dokumentaciju.

³⁶ Trenutkom smrti ostavioca sva prava koja ulaze u zaostavštinu pripadaju nasledniku. Ista situacija je i sa obavezama, tako da se u neku ruku može reći da naslednik produžava život ostavioca. Videti o tome: Oliver Antić, Zoran Balinovac, *Komentar Zakona o nasleđivanju*, Beograd, 1995, str. 550.

³⁷ Ostavinski postupak koji je obustavljen zbog postojanja samo pokretnih stvari može se nastaviti na zahtev naslednika u svako doba. Čl. 101. Zakona o vanparničnom postupku.

³⁸ Da bi došlo do obustave ostavinskog postupka u Crnoj Gori je potrebno da pokretne stvari budu male vrednosti.

ti problem nastanka poreske obaveze posebno u slučaju vrednih pokretnih stvari. Dakle, ukoliko u zaostavštini postoje samo pokretne stvari a nasljednici ne zatraže da se vodi ostavinski postupak, ostavinski sudija ga neće sprovesti i neće doneći rešenje o nasleđivanju, a samim tim, neće postojati formalni akt koji predstavlja osnov za nastanak poreske obaveze.³⁹ To znači da lica koja naslede pokretnosti a ne zatraže donošenje ostavinskog rešenja neće postati poreski obveznici.

Ako je na nepokretnosti koja je predmet nasleđivanja konstituisano pravo plodouživanja, poreska obaveza nastaje danom kada prestane pravo plodouživanja. U slučaju da poreska prijava nije podneta ili je neblagovremeno podneta, poreska obaveza po osnovu poreza na nasleđe nastaje danom saznanja nadležnog poreskog organa.⁴⁰

OSLOBOĐENJE OD POREZA NA NASLEĐIVANJE

Zakon o porezima na imovinu u članu 21. reguliše koja lica nisu poreski obveznici poreza na nasleđe i u kojim slučajevima se porez na nasleđe ne plaća. Treba napomenuti da se poresko oslobođenje vrši samo u potpunosti, dakle, naš zakon ne prepoznaje termin delimičnog poreskog oslobođenja. Poreska oslobođenja imaju u vidu klasifikaciju zakonskih naslednika prema Zakonu o nasleđivanju. U tom pogledu, ZON razvrstava zakonske naslednike u određene nasledne redove. Prvi nasledni red čine potomci ostavioca i njegov bračni drug. Drugi nasledni red čine bračni drug ostavioca, ostaviočevi roditelji i njihovo potomstvo. U trećem naslednom redu se pojavljuju ostaviočevi deda i baba po ocu i ostaviočevi deda i baba po majci. Ukoliko nema pripadnika prethodnih naslednih redova zaostavština se deli među nasleđnicima četvrtog zakonskog naslednog reda (pradede i prababe). Posle ostaviočevih pradede i prababa, zaostavštinu nasleđuju dalje preci.

Prema pozitivnom pravu, porez na nasleđe⁴¹ ne plaća: 1. naslednik prvog naslednog reda, supružnik⁴² i roditelj ostavioca; 2. naslednik poljoprivrednik dru-

³⁹ Pogledati istovetnu situaciju u hrvatskom pravu. Nikola Gavela, Vlado Belaj, *Nasledno pravo*, Zagreb, 2008, str. 506.

⁴⁰ Čl. 17. zakona o porezima na imovinu.

⁴¹ U skladu sa pravilima naslednog prava i poreske politike imovina koja je stečena u postupku raspravljanja zaostavštine prijemom ustupljenog dela, smatra se poklonom.

⁴² Prema odredbi člana 21. stav 1. tačka 1. Zakona o porezima na imovinu, porez na nasleđe ne plaća bračni drug ostavioca. Imajući u vidu da je vanbračni supružnik prema pozitivnim porodičnim propisima izjednačen u pravima i dužnostima sa supružnikom, treba primetiti da odgovarajuća poreska rešenja nisu u saglasnosti sa porodičnopravnim propisima.

gog naslednog reda koji nasleđuje imovinu koja mu služi za obavljanje poljoprivredne delatnosti (pod uslovom da je živio u istom domaćinstvu najmanje godinu dana pre smrti ostavioca); 3. naslednik drugog naslednog reda na jedan nasleđeni stan (pod uslovom da je živio u istom domaćinstvu najmanje godinu dana pre smrti ostavioca); 4. fondacija, na nasleđenu imovinu koja služi isključivo za ostvarivanje opštekorisnog cilja radi koga je fondacija osnovana; 5. zadužbina, odnosno udruženje, osnovano radi ostvarivanja opštekorisnog cilja u smislu zakona koji uređuje zadužbine, registrovano u skladu sa zakonom - na nasleđenu imovinu koja služi isključivo za namene za koje je ta zadužbina, odnosno udruženje osnovano; 6. naslednik, ambulantnih vozila, specijalnih putničkih vozila za obuku kandidata za vozače sa ugrađenim duplim nožnim komandama, kao i putničkih vozila za taksi i "rent a kar" koji su posebno označeni; 7. Republika Srbija, autonomna pokrajina, odnosno jedinica lokalne samouprave, kao naslednik.

Dakle, obaveza plaćanja poreza na nasleđe nastaje danom pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju. Kao što smo gore naveli, zakon predviđa u određenim slučajevima i za određene kategorije lica mogućnost oslobođenja od poreza. Tako na primer, ukoliko je ostavilac ostavio svom sinu nepokretnost kao nasleđe, sin neće biti u obavezi da na nasleđenu imovinu plati porez, tj. neće postati poreski obveznik. I pored ovog poreskog oslobođenja dešava se da lica koja nasleđuju određene pokretne stvari ne žele da vode ostavinski postupak. Razlog tome su sudske takse. Naslednik koji je oslobođen plaćanja poreza na nasleđstvo nije oslobođen plaćanja sudske takse, koje su u ostavinskom postupku paušalno određene i mogu biti veoma visoke.

Takse propisane Zakonom o sudskim taksama plaćaju lica po čijem predlogu ili u čijem interesu se preduzimaju radnje u sudskom postupku. Paušalna taksa se plaća samo ako je ostavinski postupak završen donošenjem rešenja o nasleđivanju. Kada rešenje o nasleđivanju postane pravnosnažno u roku od 15 dana lice je dužno da uplati sudsku taksu za vođenje postupka.⁴³ Vrednost merodavnu za određivanje paušalne takse sud utvrđuje po slobodnoj oceni imajući u vidu izjave naslednika i dostavljene podatke o vrednosti zaostavštine. Ukoliko postoji više naslednika, tada sanaslednici plaćaju sudsku taksu u srazmeri nasleđenih delova.⁴⁴ U određenim slučajevima, ostavinski sud može osloboditi obveznika sudske takse ako bi plaćanjem takse, imajući u vidu visinu sredstava iz kojih se obveznik

⁴³ Tarifni broj 7. Zakon o sudskim taksama, ("Sl. glasnik RS", br. 28/94, 53/95, 16/97, 34/2001 - dr. zakon, 9/2002, 29/2004, 61/2005, 116/2008 - dr. zakon, 31/2009, 101/2011, 93/2012 i 93/2014).

⁴⁴ Tarifni broj 7. Zakon o sudskim taksama.

i članovi njegovog domaćinstva izdržavaju, ta sredstva bila toliko umanjena da bi time bila ugrožena njihova socijalna sigurnost.⁴⁵

U svetlu odredbi koje se odnose na oslobođenje od poreza, treba primetiti da nasljednici prvog naslednog reda i u izuzetnim slučajevima nasljednici drugog naslednog reda su u potpunosti oslobođeni plaćanja poreza na nasleđe. To znači da ostavinski sudovi samo popisuju imovinu ostavioca, oglašavaju naslednike i određuju njihove udele u utvrđenoj zaostavštini. To znači da prvostepeni nasljednici bogatog ostavioca nemaju nikakvu obavezu da dokazuju poreklo imovine već je dovoljno samo da se pojave kao nasljednici i saglase da vrednost nasleđene imovine ostane tajna. Dakle, ako među naslednicima postoji dogovor da se ćuti o vrednosti imovine, ostavinski sud neće utvrđivati i vršiti procenu iste. Mišljenja smo da bi bilo delotvorno promeniti odredbu člana 21 Zakona o porezima na imovinu i predvideti oporezivanje svih naslednih redova. Na taj način bi ostavinski sud po službenoj dužnosti vršio popis i procenu zaostavštine i tako utvrdio i vrednost zaostavštine i koliki će porez da bude. Oporezivanja svih naslednih redova stoji i u saglasnosti sa napred iznetim stavom da je potrebno kroz institut poreza izvršiti pravilniju i pravičniju raspodelu nacionalnog bogatstva u društvu i time ostvariti donekle iste uslove za sve pojedince kada je reč o početnom akumuliranju kapitala, i time ograničiti mogućnost sticanja velikog bogatstva u rukama pojedinaca.⁴⁶

ZAKLJUČAK

Prema našem pozitivnom pravu, porez i na nasledstvo i na poklon je uređen Zakonom o porezima na imovinu. Porez na nasledstvo je kategorizovan zajedno sa porezom na poklon imajući u vidu da je i u jednom i u drugom slučaju reč o prenosu imovine bez naknade (besteretnim putem) i da je reč o povećanju imovine bez uloženog rada.

Jedna od interesantnih stvari vezanih za oslobađanje od poreza na nasledstvo tiče se mogućnosti davanja negativne nasledne izjave. Ukoliko u ostavinskom postupku dođe do odricanja u korist sanaslednika, da li će sanaslednik biti poreski obveznik zavisi samo od situacije da li ustupilac naslednog dela (poklonodavac) ima potomke. U prvom slučaju sanaslednik plaća porez jer ne bi prema

⁴⁵ Sud neće donositi odluku o oslobođenju od plaćanja sudske takse po službenoj dužnosti, već isključivo ako postoji blagovremeni predlog taksenog obveznika. Član 10. Zakon o sudskim taksama.

⁴⁶ Videti o razlozima opravdanosti oporezivanja detaljnije: Zrinko Trcović, *Oporezivanje nasljedstva i darova, Računovodstvo, revizija i finansije*, 2003, str. 160.

prirodnom toku stvari bio jedini nasljednik (da je došlo samo do odricanja nasleđa u tom slučaju bi potomci lica koje je dalo negativnu naslednu izjavu bili pozivani na nasleđe po pravilu predstavljanja). U drugom slučaju kada (poklonodavac) nema potomaka, tada (poklonoprimec, sanasljednik), nije poreski obveznik jer ostaje jedini nasljednik.

Ukoliko je došlo do fizičke deobe nasledničke zajednice koja je u srazmjeri sa idealnim naslednim delovima svakog od naslednika, tada gledano sa stanovišta poreske politike takva deoba ne predstavlja promet i u toj situaciji naslednici ne postaju poreski obveznici. Međutim, ukoliko je do potpune fizičke deobe došlo na način da veličina vrednosti naslednog dela svakog od naslednika ne odgovara veličini vrednosti njegovog dela pre deobe (tj. ako je posle deobe neko od naslednika dobio veći deo od zakonskog dela koji mu pripada), tada takva deoba predstavlja sa poreskog stanovišta učinjen poklon nekom od sanasljednika koji sa sobom povlači plaćanje poreza na poklon, drugim rečima, određeni sanasljednik postaje poreski obveznik osim kada su ispunjeni zakonski uslovi za poresko oslobođenje.

U našem pozitivnom pravu lice postaje nasljednik po sili zakona, dakle, trenutkom smrti ostavioca. Međutim, sa stanovišta poreske politike, poreska obaveza nastaje trenutkom pravnosnažnosti ostavinskog rešenja. Kada je reč o nepokretnostima u zaostavštini ovo razmimoilaženje pravila naslednog prava i poreske politike nije toliko značajno, ali kada je reč o nasleđivanju pokretnosti tada stvari stoje drugačije. Prema pozitivnom pravu Srbije, kada zaostavštinu čine samo pokretne stvari, a naslednici ne zatraže vođenje ostavinskog postupka, ostavinski postupak se obustavlja. Imajući u vidu da za razliku od nekih rešenja uporednog prava, zakon ne traži da pokretne stvari budu manje vrednosti, može se javiti problem nastanka poreske obaveze posebno u slučaju vrednih pokretnih stvari. Dakle, ukoliko u zaostavštini postoje samo pokretne stvari a naslednici ne zatraže da se vodi ostavinski postupak, ostavinski sudija ga neće sprovesti i neće doneti rešenje o nasleđivanju, a samim tim, neće postojati formalni akt koji predstavlja osnov za nastanak poreske obaveze. To znači da lica koja naslede pokretnosti a ne zatraže donošenje ostavinskog rešenja neće postati poreski obveznici.

Čitajući aktuelnu poresku politiku, mišljenja smo i da bi bilo delotvorno promeniti odredbu člana 21 Zakona o porezima na imovinu i predvideti oporezivanje svih naslednih redova. Na taj način bi ostavinski sud po službenoj dužnosti vršio popis i procenu zaostavštine i tako utvrdio i vrednost zaostavštine i koliki će porez da bude. Oporezivanja svih naslednih redova stoji i u saglasnosti sa napred iznetim stavom da je potrebno kroz institut poreza izvršiti pravilniju i pravičniju raspodelu nacionalnog bogatstva u društvu i time ostvariti donekle iste uslove

za sve pojedince kada je reč o početnom akumuliranju kapitala, i time ograničiti mogućnost sticanja velikog bogastva u rukama pojedinaca.

BALŠA KAŠĆELAN, LL.D.,
Slobomir University, Bijeljina

INHERITANCE TAX

Summary

Inheritance tax is an interesting topic and today is applied in most modern legal systems. According to Serbian law, the inheritance tax is regulated by the Law on Property Taxes. The inheritance tax is categorized along with the tax on gift bearing in mind that even in one and in the second case comes to the transfer of property without compensation and it is a getting property without effort. The difference concerns whether it comes to the transfer of the fact of death (*mortis causa*), or the transfer of assets is carried out among the living (*inter vivos*). Our legislator has decided for the same tax treatment of inherited or donated property, bearing in mind that a different solution could lead to abuse by the testator or donor.

ŽARKO DIMITRIJEVIĆ
NOVAK KRSTIĆ

NASLEDIVOST PRAVA NA GARANTOVANO SNABDEVANJE ELEKTRIČNOM ENERGIJOM

U V O D

Zaostavštinu čine sva nasljeđivanju podobna prava koja su ostaviocu pripadala u trenutku smrti,^{1,2} i koja su slobodna za nasljeđivanje. Da li je neko pravo podobno za nasljeđivanje ceni se u svakom konkretnom slučaju. Međutim, ocena nasledivosti nekog prava u ostavinskom postupku može postati sporna ukoliko je

Dr Žarko Dimitrijević, Javni izvršitelj u Nišu.

Dr Novak Krstić, docent Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja na projektu: "*Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru*" (br. projekta 179046), koji finansira Ministarstvo prosvete, nauke i tehnološkog razvoja, za koautora doc. dr Novaka Krstića.

¹ Videti: čl. 1. st. 2. Zakona o nasljeđivanju ("Sl. glasnik RS", br.46/95, 101/2003-odluka USRS i 6/2015). Dalje: ZON.

² O pitanju da li u zaostavštinu ulaze i ostaviočeve obaveze nema jedinstvenog stava u teoriji. Prema shvatanju jednog dela pravne doktrine, dugovi ostavioca nisu sastavni deo zaostavštine, već se za njih samo odgovara. Videti: M. Kreč, Đ. Pavić, Komentar Zakona o nasljeđivanju, Zagreb, 1964, str. 6-8; S. Marković, Nasledno pravo, Beograd, 1981, str. 51. Na drugom polu nalaze se poslednici pravne misli, koji smatraju da su obaveze ostavioca sastavni deo zaostavštine. Videti: B. Blagojević, Nasledno pravo SFRJ, Beograd, 1964, str. 20-23; V. Đorđević, Nasledno pravo, Niš, 1997, str. 57; N. Stojanović, Zaostavština i novi Zakon o nasljeđivanju Republike Srbije, Građanska kodifikacija, sv. 4, Niš, 2004, str. 153-154; S. Svorcan, Nasledno pravo, Kragujevac, 2006, str. 21; O. Antić, Nasledno pravo, Beograd, 2009, str. 64-65.

u praksi nedovoljno iskristalisana njegova pravna priroda. To je naročito slučaj sa pravima nastalim kao posledica razvoja savremenih društvenih odnosa i savremenih tehnologija. U okviru procesa pristupanja Evropskoj uniji, Republika Srbija osavremenjuje svoj zakonodavni sistem i kao država garantuje "nova" prava svojim građanima koja nisu poznata tradicionalnom zakonodavstvu. Mnogi novi instituti još uvek nisu dovoljno teorijski objašnjeni, niti je pravna praksa zauzela jedinstveni stav po pitanju pravnih posledica koje proizvode u pravnom životu.

Garantovano snabdevanje je novi pravni pojam u pravu Republike Srbije, koji se prvi put pojavljuje u važećem Zakonu o energetici iz 2014. godine.³ Zakonom je definisano kao javna usluga kojom se osigurava pravo domaćinstava i malih kupaca na snabdevanje električnom energijom propisanih karakteristika, na teritoriji Republike Srbije, po razumnim, jasno uporedivim, transparentnim i nediskriminatornim cenama.⁴ Svaki kupac električne energije se može opredeliti za korišćenje javne usluge i zaključenje ugovora o potpunom snabdevanju.⁵

Imajući u vidu specifičnost prava na pružanje javne usluge garantovanog snabdevanja, postavlja se pitanje da li je garantovano snabdevanje pravo vezano za ličnost ostavioca, ili pravo koje se može naslediti? Ukoliko je pravo podobno nasleđivanju, ko od potencijalnih naslednika jeste njegov titular i na koji način se dokazuje posedovanje prava pred nadležnim institucijama? Ako se garantovano snabdevanje ne može naslediti, kako pravo na garantovano snabdevanje stiču naslednici ostavioca? Na koji način snabdevač prikuplja podatke o tome? Da li se bilo u normativnom ili faktičkom pogledu pravi fikcija nasleđivanja prava ili obaveza koja je suprotna pravnoj logici? Tragajući za odgovorima, autori su sagledavali problem sa teorijskog i normativnog aspekta, i ujedno istraživali rešenja problema koje je dala sudska praksa.

GARANTOVANO SNABDEVANJE

Definisano kao javna usluga, garantovano snabdevanje ustanovljeno je u korist domaćinstava i malih kupaca, kao najosetljivijih kategorija potrošača. Domaćinstvo, u smislu koji se koristi u svakodnevnom govoru, ne može biti subjekt u pravu, a termin mali kupac se može, jezički gledano, vezivati za različitu sadržinu, te se stoga ZOE potrudio da pojmovno pojasni navedene kategorije.

³ "Sl. glasnik RS", br. 145/2014. Dalje: ZOE.

⁴ Videti: čl. 2. st. 1. tač. 11. ZOE.

⁵ Videti: čl. 190. st. 3. ZOE.

Kupac iz kategorije domaćinstva je krajnji kupac koji kupuje električnu energiju ili prirodni gas za potrošnju svog domaćinstva i za zajedničku potrošnju domaćinstava, isključujući obavljanje komercijalnih ili profesionalnih delatnosti.⁶ Termin "krajnji kupac" je zakon dodatno pojasnio i odredio da obuhvata pravno ili fizičko lice (uključujući preduzetnike), koji kupuju električnu energiju ili prirodni gas za svoje potrebe.⁷ Na prvi pogled, jasno je da su navedena zakonska rešenja kontradiktorna: kako to zakon istovremeno pravna lica i preduzetnike smatra kupcima iz kategorije domaćinstva koji kupuju električnu energiju, kada oni pretežno posluju radi sticanja dobiti,⁸ odnosno u cilju ostvarivanja prihoda?⁹ Stoga, zakonsku normu treba tumačiti restriktivno i pod kupcem iz kategorije domaćinstva treba smatrati isključivo krajnjeg kupca koji je fizičko lice i koji kupuje električnu energiju za sopstvene potrebe, dakle ne i preduzetnika koji obavlja delatnost. Kupca iz kategorije domaćinstva ne treba mešati sa malim kupcem.

Mali kupci električne energije su krajnji kupci (pravna lica i preduzetnici) koji imaju manje od 50 zaposlenih, ukupan godišnji prihod u iznosu do 10 miliona evra u dinarskoj protivvrednosti, čiji su svi objekti priključeni na distributivni sistem električne energije napona nižeg od 1 kV i čija je potrošnja električne energije u prethodnoj kalendarskoj godini do 30.000 kWh.¹⁰ Tačno je to da i mali kupci imaju pravo na garantovano snabdevanje, ali upravo kao kategorija malih kupaca, a ne kupaca iz kategorije domaćinstva. Veoma je važno praviti jasnu razliku, jer mali kupac definitivno gubi pravo na pružanje javne usluge prestankom obavljanja delatnosti, odnosno brisanjem pravnog lica iz odgovarajućeg registra.¹¹ Međutim, postavlja se pitanje šta se dešava kada kupac iz kategorije domaćinstva prestane da postoji, odnosno kada umre? Logično objašnjenje bi bilo da se prestankom njegovog postojanja prestaje pravo na pružanje javne usluge; usluga se ne može pružati nepostojećem licu. Međutim, garantovani snabdevač je dužan da pruža garantovano snabdevanje kupcu iz kategorije domaćinstva i po automatizmu.¹² Kome bi se to pružala usluga po automatizmu nakon smrti kup-

⁶ Videti: čl. 2. st. 1. tač. 33. ZOE.

⁷ Videti: čl. 2. st. 1. tač. 31. ZOE.

⁸ Videti: čl. 2 Zakona o privrednim društvima ("Sl. glasnik RS", br. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - dr. zakon i 5/2015).

⁹ Videti: čl. 83. st. 1. Zakona o privrednim društvima.

¹⁰ Videti: čl. 2. st. 1. tač. 31. ZOE.

¹¹ Videti: čl. 67. st. 1 tač. 7 Uredbe o uslovima isporuke i snabdevanja električnom energijom ("Sl. glasnik RS", br.63/2013 – dalje: Uredba). Kod promene pravne forme, pripajanja ili razdvajanja pravnog lica, važe drugačija pravila.

¹² Videti: čl. 190. st. 2. ZOE.

ca? Da bi se odgovorilo na ovo pitanje mora se poći od uslova koje kupac mora da ispuniti da bi inicijalno došlo do isporuke električne energije.

Objekat kupca ili proizvođača električne energije priključuje se na distributivni sistem na osnovu odobrenja operatora distributivnog sistema, u skladu sa zakonom.¹³ Uslovi i način izdavanja odobrenja za priključenje na distributivni sistem, odobrena snaga i uslovi za promenu odobrene snage, kao i uslovi za spajanje i razdvajanje instalacija, odnosno mernih mesta bliže se uređuje propisom o uslovima isporuke i snabdevanja električnom energijom.¹⁴ Članom 393. ZOE propisano je da će se do donošenja podzakonskih propisa za primenu zakona primenjivati oni koji su doneti po Zakonu o energetici iz 2011. godine,¹⁵ pod uslovom da nisu u suprotnosti sa zakonom. Uslovi isporuke električne energije definisani su Uredbom o uslovima isporuke i snabdevanja električnom energijom, donetom na osnovu prethodno važećeg zakona¹⁶.

Uredbom je propisano da priključenje objekta na distributivni sistem može tražiti isključivo vlasnik, odnosno lice koje ima pravo korišćenja objekta.¹⁷ Ukoliko objekat nije priključen na distributivni sistem, nema ni garantovanog snabdevanja, ali za potrebe analize, pretpostavićemo da je objekat priključio vlasnik pre stupanja na snagu ZOE i da se kupcu pruža usluga potpunog snabdevanja po automatizmu. Takođe, pretpostavićemo da Ugovor o snabdevanju formalno nije zaključen.

Dakle, snabdevač je do smrti vlasnika objekta vršio isporuku električne energije. Nakon njegove smrti, potencijalni naslednici nemaju dokument na osnovu koga bi bili legitimisani da traže nastavak pružanja usluge. Odgovarajući akt bi moglo biti Rešenje o nasleđivanju, budući da ne postoji neki drugi privremeni dokument, donet od suda ili javnog beležnika,¹⁸ na osnovu koga bi se

¹³ Izuzetno, priključenje na distributivni sistem električne energije za objekte koji nisu u funkciji proizvodnje, prenosa i distribucije električne energije, kao i druge objekte za koje građevinsku dozvolu izdaje ministarstvo nadležno za poslove građevinarstva, odnosno nadležni organ autonomne pokrajine, vrši se u postupku objedinjene procedure propisane zakonom kojim se uređuje izgradnja objekata.

¹⁴ Videti: čl. 140. ZOE.

¹⁵ "Sl. glasnik RS", br. 57/2011.

¹⁶ Članom 393. ZOE, predviđeno je da će se propisi za izvršavanje zakona doneti u roku od godinu dana od dana stupanja na snagu. Drugim stavom citirane odredbe predviđeno je da će se do donošenja novih podzakonskih propisa primenjivati postojeći, što je u praksi protumačeno da nema smetnji da se ti propisi primenjuju i nakon isteka roka od godinu dana.

¹⁷ Videti: čl. 5. Uredbe.

¹⁸ Novelirani Zakon o vanparničnom postupku ("Sl. glasnik SRS", br. 25/82 i 48/88 i "Sl. glasnik RS", br. 46/95 - dr. zakon, 18/2005 - dr. zakon, 85/2012, 45/2013 - dr. zakon, 55/2014, 6/2015 i

naslednici legitimisali kao takvi. Rešenje o nasleđivanju je akt kojim se, između ostalog, oglašavaju naslednici ostavioca na njegovoj zaostavštini i na osnovu koga stiču svojinu na objektu na kome se vrši garantovano snabdevanje. Međutim, od trenutka smrti ostavioca do trenutka pravosnažnosti Rešenja o nasleđivanju može proteći više meseci, pa i godina. Iako se po slovu zakona ostavinski postupak pokreće po službenoj dužnosti,¹⁹ u praksi se on najčešće pokreće predlogom zainteresovanih lica, te se može dogoditi da zbog inertnosti suda i naslednika postupak dugi niz godina ne bude ni pokrenut. Osim toga, moguće je da između učesnika postupka dođe do spora o bitnim činjenicama, usled čega se postupak za raspravljavanje zaostavštine prekida, a učesnik, čije je pravo manje verovatno, upućuje na parnicu,²⁰ kako bi se pred parničnim sudom rešilo sporno pravno pitanje od čijeg rešenja zavisi odluka ostavinskog suda. Sve to značajno može prolongirati donošenje rešenja o nasleđivanju i nastupanje njegove pravosnažnosti.

Ipak, smrt kupca električne energije nije razlog raskida Ugovora o prodaji električne energije.²¹ Uredba pretpostavlja da su potencijalni naslednici "nasledili" garantovano snabdevanje, iako ne mogu da se legitimišu kao naslednici.

Moguće je da ovakvo rešenje proističe iz činjenice da u našem pravu nema tzv. ležeće zaostavštine (*hereditas iacens*), već važi načelo sticanja zaostavštine *ipso iure*, te zaostavština prelazi na ostaviočeve naslednike u trenutku njegove smrti.²² Usled postojanja pravnog kontinuiteta, naslednici uživaju pravnu zaštitu od trenutka delacije, a budući da se smatraju i držaocima na stvarima iz zaostavštine (idealna, spiritualizovana državina), uživaju i državinsku zaštitu.²³ Ipak, do trenutka pravosnažnosti rešenja o nasleđivanju, nije poznato ko će od potencijal-

106/2015 - dr. zakon; dalje: ZVP) propisuje da ostavinski sud može, donošenjem rešenja konstitutivnog karaktera, poveriti sprovođenje ostavinskog postupka javnom beležniku, i to onom koji je postavio smrtnovicu, ukoliko za to ne postoje smetnje, uz uslov da je za nasleđivanje merodavno pravo Republike Srbije (čl. 110a u vezi sa čl. 30a, st. 2. ZVP). O razlozima koji su rukovodili zakonodavca da propiše mogućnost poveravanja sprovođenja ostavinskog postupka notarima: D. Đurđević, Opravdanost poveravanja ostavinskog postupka javnim beležnicima, Pravni život, br. 11/2013, str. 698 i dalje.

¹⁹ Videti: čl. 89. ZVP.

²⁰ Videti: čl. 23. ZVP.

²¹ Videti: čl. 67. st. 1. tač. 7. Uredbe.

²² Videti: čl. 212. st. 1. ZON.

²³ Iako se iz stilizacije čl. 75 Zakona o osnovama svojinskopравnih odnosa ("Sl. list SFRJ", br. 6/1980 i 36/1990, "Sl. list SRJ", br. 29/1996 i "Sl. glasnik RS", br. 115/2005 - dr. zakon), prema kome pravo na zaštitu od uznemiravanja ili oduzimanja državine ima svaki držalac stvari i prava, može protumačiti da naslednici ne uživaju državinsku zaštitu, takav zaključak svakako bi bio pogrešan, budući da svaki držalac, pa i naslednik, ima pravo da traži zaštitu državine. D. Popov, Državina naslednika, Pravni život, br. 10/2002, str. 153.

nih nasljednika i postati definitivni nasljednik ostavioca, a naročito kome će pripasti objekat koji je priključen na distributivni sistem.

Neminovno je da potencijalni nasljednici treba da imaju pravo na garantovano snabdevanje kao i svaki drugi vlasnik objekta, i mogućnost da sudskim putem zaštite ovo svoje pravo. Garantovano snabdevanje je javna usluga koja se pruža svim zainteresovanim licima koje za to ostvare neophodne uslove. Stoga, ne može biti reči o eventualnom nasleđivanju garantovanog snabdevanja jer se isto može pružiti samo onim licima koja su vlasnici objekta i čiji objekti ispunjavaju sve tehničke predispozicije. Pravo na pružanje javne usluge nije lično pravo, niti se pravo na pružanje javne usluge može naslediti, jer se usluga pruža svima, pa i naslednicima, ukoliko se legitimišu kao novi korisnici usluga. Međutim, kako oni svoje pravo mogu zaštititi i kako snabdevač prema njima može zaštititi svoje interese?

AKTIVNA I PASIVNA LEGITIMACIJA U ENERGETSKOM SPORU KOJI SE TIČE GARANTOVANOG SNABDEVANJA

Čao i Huntington²⁴ navode da inicijalni uslovi, kao što je dokazivanje prava vlasništva, često ograničavaju napredovanje sistema snabdevanja. Upravo to potvrđuje i odredba da snabdevač do pravosnažnosti Rešenja o nasleđivanju ne može u svojoj poslovnoj evidenciji da izvrši promenu kupca električne energije.²⁵ Takođe, električna energija se ne može isporučivati objektima, već potrošačima i za utrošak električne energije se mora ispostaviti račun. Kome se ispostavlja račun je vrlo važno, jer se u odnosu na to koje lice je označeno na računu, ceni njegovu pravo da učestvuje u postupku zaštite krajnjih kupaca. Krajnji kupac uživa zaštitu svojih prava u skladu sa zakonom, propisima donetim na osnovu zakona, zakonom kojim se uređuje zaštita potrošača i drugim propisima.²⁶ Ako krajnji kupac ne može da se legitimiše kao takav, neće biti u mogućnosti da ostvaruje svoja prava. Pod pretpostavkom da ne postoji dokument (Rešenje o nasleđivanju) kojim bi se dokazala aktivna legitimacija u postupku ostvarivanja svojih prava u

²⁴ Hung-po Chao; H. G. Huntington; Introduction: Economic and Technological Principles in Designing Power Markets u Designing Competitive Electricity Markets (ed. Chao and Huntington), Springer Science & Business Media, Dec 1, 2013 - Business & Economics, str.5.

²⁵ Saglasno odredbi čl. 400. ZOE, operator distributivnog sistema dužan je da uspostavi ažurnu bazu podataka o svim kupcima iz kategorije domaćinstva i malim kupcima i njihovim mer-nim mestima, i da na osnovu te baze podataka, uspostavi ažurnu bazu podataka o svim kupcima iz kategorije domaćinstva i malim kupcima koje snabdeva i zaključi ugovor o snabdevanju električ-nom energijom, u pisanoj formi.

²⁶ Videti: čl. 207. ZOE.

skladu sa ZOE, da li bi se moglo smatrati da je automatizam pružanja javne usluge “nasleđen”, te da li bi se na osnovu dokumenata kojim se dokazuje pravo pozivanja na nasleđe (na osnovu zakona ili zaveštanja), moglo dozvoliti potencijalnim naslednicima da učestvuju u postupku ostvarivanja prava, imajući u vidu da se faktički njima pruža usluga, a ne ostaviocu?²⁷

Ovakav stav u praksi nije održiv, što faktičkog krajnjeg kupca lišava zakonom garantovanih prava: prava da zahteva otklanjanje tehničkih smetnji,²⁸ prava izjavljivanja prigovora na zapisnike operatora,²⁹ prava prigovora na ispostavljeni obračun utroška,³⁰ i dr. Naime, potencijalni naslednici mogu biti oglašeni nedostojnim ili nesposobnim za nasleđivanje, mogu biti razbaštinjeni od strane ostavioca u zaveštanju, a mogu se i odreći nasleđa do okončanja prvostepenog postupka za raspravljanje zaostavštine i tako izgubiti svojstvo naslednika. Takođe, zaveštanjem ostavilac može zaobići neke ili sve svoje zakonske naslednike i rasporediti zaostavštinu prema svom nahođenju, pa tako i objekat na kome se vrši garantovano snabdevanje ostaviti samo jednom licu (koje se smatra naslednikom od časa delacije).³¹ Konačno, tokom postupka za raspravljanje zaostavštine naslednici se mogu sporazumeti o deobi nasledstva, a sadržina sporazuma će biti uneta u rešenje o nasleđivanju;³² ili nakon pravnosnažnosti rešenja, polazeći od utvrđenih naslednih kvota, mogu sporazumno podeliti zaostavštinu, u kom slučaju će objekat pripasti jednom ili nekolicini naslednika. Iz navedenih razloga, naslednici se ne mogu legitimisati kao takvi u postupku zaštite svojih prava pred sudom, jer ne mogu svoje svojstvo naslednika dokazati bez pravnosnažnog rešenja o nasleđiva-

²⁷ O dilemi da li učesnici parničnog postupka u svojstvu naslednika ostavioca mogu biti lica koja nisu pravnosnažnim rešenjem o nasleđivanju utvrđena za naslednike, već samo imaju položaj potencijalnih naslednika, videti: B. Ravanić, Da li se može voditi parnica pre nego što se u ostavinskom postupku utvrdi ko su naslednici, Glasnik, br. 3/1960, str. 22-25.

²⁸ Videti: čl. 208. ZOE.

²⁹ Videti: čl. 199, 201, 202, 205, 311, i dr. ZOE.

³⁰ Videti: čl. 65. Uredbe.

³¹ Premda naslednika, koji je učestvovao u postupku za raspravljanje zaostavštine, vezuju subjektivne i objektivne granice materijalne pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju, što ga sprečava da isticanjem nasledničkog zahteva ostvari svoje naslednopravne pretenzije, ipak u pojedinim slučajevima naslednik može zaštititi svoju pravnu poziciju i po pravnosnažnosti rešenja i steći svojinu na objektu sa garantovanim snabdevanjem. O tome: O. Antić, Nezastarivost nasledničke tužbe, Pravni život, br. 12/1996, str. 492-493; N. Stojanović, Nasledno pravo, Niš, 2011, str. 434-435.

³² Unošenje sporazuma sanaslednika o deobi zaostavštine u rešenje o nasleđivanju, koje je uobičajeno u sudskoj praksi, kritikovano je u teoriji jer se radi o dva potpuno odvojena akta, s obzirom da sporazum o deobi sanaslednika, po svojoj pravnoj prirodi, sudsko poravnanje. N. Petrušić, Elementi sadržine rešenja o nasleđivanju, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, br. 34-35/1994/1995, str. 121-124.

nju, niti je poznato ko će od potencijalnih sukcesora zaista i naslediti objekat na kome se vrši garantovano snabdevanje.

Međutim, krajnji kupac nije jedini koji može biti oštećen usled toga što se bez rešenja o nasleđivanju ne može legitimisati kao naslednik bivšeg vlasnika objekta kome se pruža garantovano snabdevanje. Veliku štetu može da trpi i operator, odnosno snabdevač, budući da zakon nameće i obaveze krajnjim kupcima. Krajnji kupac je dužan da unutrašnje električne instalacije, do mesta razgraničenja distributivnog sistema i instalacija objekata kupca, održava u tehnički ispravnom stanju u skladu sa važećim tehničkim propisima, i da primenjuje mere propisane Pravilima o radu sistema.³³ Krajnji kupac je: dužan da električnu energiju koristi pod uslovima, na način i za namene utvrđene odobrenjem za priključenje i ugovorom o snabdevanju, zakonom i drugim propisima donetim na osnovu zakona;³⁴ da u slučaju zaključivanja ugovora sa unapred određenom količinom, zaključi i ugovore o balansnoj odgovornosti i pristupu sistemu;³⁵ da plati preuzetu električnu energiju.³⁶ Šta će se desiti ukoliko faktički kupci ne poštuju norme i ne pridržavaju se pravila? Svakako, operator će obustaviti isporuku. Međutim, da li će time operator biti oštećen? Obustavom isporuke, operator sprečava nastanak ili uvećanje nastale štete, međutim od koga je on može naplatiti? Kako može da dokaže ko je krajnji kupac?

Kako bi se zaštitili interesi naslednika u interegnumu od smrti ostavioca do pravnosnažnosti rešenja o nasleđivanju, čini se da bi imalo mesta da se našim zakonskim propisima predvidi mogućnost donošenja novog dokumenta, na osnovu koga bi naslednici mogli da se legitimišu pred nadležnim sudom, u postupku zaštite svojih prava. Ovaj dokument, nasledničko uverenje,³⁷ bio bi privremenog karaktera, čiju sadržinu bi činili podaci o naslednicima ostavioca i njihovim na-

³³ Videti: čl. 209. ZOE.

³⁴ Videti: čl. 210. ZOE.

³⁵ Videti: čl. 189. ZOE.

³⁶ Videti: čl. 192. ZOE.

³⁷ Institut nasledničko uverenje (*Erbschein*) poznaje nemačko pravo (§ 2353 Nemačkog građanskog zakonika). Između rešenja o nasleđivanju, koje postoji u našem pravu i nasledničkog uverenja postoje značajne razlike. Detaljno o ovom institutu i njegovim prednostima: D. Đurđević, Nasledničko uverenje (*Erbschein*) u nemačkom pravu, Strani pravni život, br. 2/2012, str. 71 i dalje. Napominjemo da bi nasledničko uverenje, za čije se uvođenje zalažemo u ovom radu, iako bi imalo izvesnih sličnosti sa *Erbschein*-om u pogledu sadržine, funkcije u pravnom prometu, te načinu donošenja, predstavljalo dokument koji se bi se značajno razlikovao od njega, bio bi samo privremenog karaktera i ne bi mogao da zameni rešenje o nasleđivanju, kojim bi se definitivno utvrđivalo ko su naslednici i sa kojim naslednim udelima.

slednim kvotama, sa svim ograničenjima (npr. ako su naslednici postavljeni pod uslovom ili rokom, i slično). Izdavao bi ga nadležni sud ili javni beležnik, isključivo na predlog jednog, više ili svih naslednika (zakonskih ili zaveštajnih, ukoliko postoji zaveštanje),³⁸ ukoliko stekne uverenje u postojanje činjenica koje predlog čine osnovanim. Ono bi moglo biti delimično (izdato na zahtev samo jednog naslednika, zainteresovanog za ostvarivanje pravne zaštite, sa podacima samo o njegovoj naslednoj kvoti), isključivo (kada celokupnu zaostavštinu nasleđuje samo jedan naslednik), grupno (kojim bi se potvrđivalo nasledničko svojstvo nekolicine, ali ne i svih naslednika) i zajedničko (sadržalo bi podatke o svim naslednicima i njihovim udelima).³⁹

Funkcija nasledničkog uverenja bila bi publicitetna i dokazna, čime bi se stvorila oboriva pretpostavka da je lice označeno u uverenju naslednik ostavioca. Svakako, nasledničko uverenje moglo bi da bude i na uštrb interesa naslednika, jer bi poverilac ostavioca (u slučaju koji razmatramo to bi bio snabdevač), mogao pravnu zaštitu tražiti protiv onih naslednika koji su naznačeni u nasledničkom uverenju.

SUDSKA ZAŠTITA SNABDEVAČA I POTROŠAČA

Sudska zaštita snabdevača, odnosno operatora (nadalje: pružalac usluge) sistema se suštinski razlikuje u odnosu na zaštitu potrošača (korisnik usluge). Pružalac usluge je, prema odredbama zakona, naizgled u povoljnijem položaju. Naime, zakon pretpostavlja da je pružalac usluge zaista pružio uslugu korisniku i dovoljni su račun i izvod iz poslovnih knjiga kao dokaz da bi se dozvolilo izvršenje prema korisniku koji je naznačen u verodostojnoj ispravi.^{40,41} Nadležan za donošenje Rešenja o izvršenju jeste javni izvršitelj koji se ne upušta u sadržinu verodostojne isprave, već samo ispituje formalne uslove za dozvolu izvršenja. Nadležnost javnog izvršitelja, a ne suda, proizlazi iz činjenice da se prodaja i pre-

³⁸ Čini se da bi pravo da traže izdavanje nasledničkog uverenja trebalo priznati i izvršiocu zaveštanja, upravitelju nasledstva, svakako i staraocu zaostavštine.

³⁹ O oblicima i sadržini *Erbschein*-a: D. Đurđević, Nasledničko uverenje (*Erbschein*) u nemačkom pravu, str. 80-81.

⁴⁰ Videti: čl. 394. st. 2. Zakona o izvršenju i obezbeđenju ("Sl. glasnik RS", br.106/15). Dalje: ZIO.

⁴¹ Prema prethodno važećem Zakonu o izvršenju i obezbeđenju iz 2011. godine ("Sl. glasnik RS", br. 31/2011 i 99/2011 - dr. zakon), bilo je neophodno da pre podnošenja predloga izvršni poverilac, odnosno pružalac usluge, opomene izvršnog dužnika (korisnika) i obavesti ga o neizmirenom dugu.

nos električne energije smatra srodnom delatnošću u odnosu na komunalne, što proističe iz samih odredaba ZIO.⁴²

Broj prigovora koji se izjavi na Rešenja o izvršenju (ranije Zaključaka o izvršenju) je veoma mali, imajući u vidu ukupan broj podnetih predloga, i ne prelazi 10%.⁴³ Ipak, veliki broj potraživanja ostane nenaplaćen usled nepostojanja izvršnog dužnika. Naime, dešava se da se u toku postupka utvrdi da fizičko lice, protiv koga je podnet predlog za izvršenje, više ne postoji. Javni izvršitelj pribavlja podatak da li je lice preminulo pre ili u toku trajanja postupka. Ukoliko je preminulo pre podnošenja predloga za izvršenje, javni izvršitelj stavlja van snage Rešenje o izvršenju i odbacuje predlog za izvršenje. Na taj način potraživanje ostaje nenamireno iz formalnih razloga.

Moguće je da je korisnik struju potrošio i uslugu primio, ali pružalac usluge u svojim poslovnim knjigama nije mogao da promeni korisnika jer isti ili nije posedovao Rešenje o nasleđivanju ili nije želeo da ga dostavi. Na taj način, n.n. lica su se obogatila na štetu pružaoca usluga. Zakon o energetici je taj problem prepoznao i nametnuo obavezu operatoru distributivnog sistema da do 1. maja 2016. godine, uspostavi ažurnu bazu podataka o svim kupcima iz kategorije domaćinstva i malim kupcima i njihovim mernim mestima. Takođe, sličnu obavezu ima i garantovani snabdevač. On je dužan da, na osnovu baze operatora distributivnog sistema, najkasnije do 1. januara 2017. godine, uspostavi ažurnu bazu podataka o svim kupcima iz kategorije domaćinstva i malim kupcima koje snabdeva i zaključi ugovor o snabdevanju električnom energijom, u pisanoj formi.⁴⁴ Zakon nije precizirao na koji način pružaoci usluga to treba da učine. Prvo, na koji način će se primaoci usluge stimulisati da dostave podatke? Drugo, na koji način će se primaoci usluge privoleti da zaključe ugovore?

Zakonodavac je, prilikom propisivanja ovih obaveza možda imao u vidu odredbe čl. 62. st. 1. Uredbe:

“Krajnji kupac je dužan da operatoru sistema i snabdevaču, odnosno javnom snabdevaču, prijavi promene vlasništva ili promene u vezi sa pravom korišćenja, promenom imena, promenom poslovnog imena odnosno promenom naziva, promenom namene potrošnje električne energije, statusnim promenama i drugim promenama

⁴² Članom 392. ZIO propisano je da se pod komunalnom delatnošću smatra delatnost koja je kao takva određena posebnim zakonom. Srodna delatnost, u smislu zakona, jeste delatnost od opšteg interesa kojom se kontinuirano pružaju usluge većem broju lica na određenom području i periodično naplaćuju.

⁴³ Izvor: Izveštaji Komore javnih izvršitelja za 2012, 2013, 2014 i 2015. godinu.

⁴⁴ Videti: čl. 400. ZOE.

nastalim posle zaključenja ugovora o prodaji električne energije, odnosno ugovora o pristupu sistemu najkasnije u roku od 15 dana od dana nastale promene.”

Da svi korisnici usluga žele da bezuslovno poštuju ovu normu, distributer i operator bi svakako vrlo lako mogli da ažuriraju svoje baze. Međutim, pojedini primaoci usluga pružaju veliki otpor prema davanju podataka, naročito kada je reč o populaciji koja neredovno izmiruje svoje obaveze. Davanjem podataka legitimisace se kao kupci, što znači da će biti dostupni za naplatu potraživanja. Zakon nije slučajno kao kupca definisao vlasnika objekta jer na taj način štiti pružaoa usluga (zbog izvesnosti naplate potraživanja). Pretpostavka je da je naplata potraživanja gotovo izvesna ukoliko je nepokretnost vlasništvo kupca. Međutim, zakon nije obraćao pažnju na pretpostavke koje iziskuje zamišljeni sistem: ažurnost u radu nadležnih nosioca javnih ovlašćenja (sudova, javnih beležnika, javnih izvršitelja), savesnost kupaca, tehnički kapacitet za premošćavanje vakuum situacija (nasledničko uverenje) i dr. Odredbe zakona i podzakonskih akata koji se primenjuju na odnose učesnika su nesavršeni, tim pre što nije izvršena njihova koncepcija u jednom normativnom dokumentu.⁴⁵

I zaključivanje ugovora predstavlja veliki problem. Usled pojave da pružalac usluge sa većim brojem korisnika nema zaključene ugovore, obustavu isporuke električne energije pojedini sudovi i dalje posmatraju kao nedozvoljenu radnju pružaoa usluge. U izvršnom postupku sudovi se ne upuštaju u prirodu odnosa, pretpostavljajući da se odnos, imajući u vidu da se radi o pružanju javne usluge, podrazumeva:

“Veće suda je imalo u vidu račune priložene od strane izvršnog poverioca iz kojih proizilazi da izvršni poverilac nema dugovanja prema izvršnom dužniku, kao i navode kojima ukazuje da bi za njega i njegove članove porodice, među kojima ima i maloletne dece, zbog isključenja električne energije mogla nastati nenadoknadi-va šteta, da se privremenom merom traži privremeno uređenje odnosa između izvršnog poverioca i izvršnog dužnika, a da se o osnovanosti i zakonitosti isključenja može odlučivati u parničnom postupku a ne postupku po predlogu za određivanje privremene mere.”⁴⁶

Nesavesni potrošači, pozivajući se na automatizam i rigorozne uslove za isključenje, koji im idu na ruku, ne žele da zaključe ugovor jer bi automatizam bio “derogiran” pravima i obavezama iz ugovora, te bi se automatizam uslovio poštovanjem ugovornih obaveza. Naime, operator prenosnog, odnosno distributiv-

⁴⁵ O nesavršenosti materije kojom su regulisani pojedini energetske odnosi, videti više u: Ž.Dimitrijević, Proširena odgovornost kod ugovora o građenju elektroenergetskih postrojenja, *Pravni život*, br. 11/2015, str. 109-120.

⁴⁶ Iz obrazloženja Rešenja Osnovnog suda u Nišu, 5 IPV(I) br.144/2015, od 29.2.2016. godine.

nog sistema, obustaviće krajnjim kupcima isporuku električne energije na zahtev snabdevača zbog neizvršenih obaveza iz ugovora o snabdevanju.⁴⁷ Ukoliko ugovor o snabdevanju nije zaključen u skladu sa zakonom (u pisanoj formi), teško će biti da se primene pomenute odredbe.

Međutim, česta je situacija da potrošači žele da zaključe ugovor sa pružao-cem usluga, ali on to odbija pozivajući se na činjenicu da u vezi sa mernim uređaj-em, koji je vezan za konkretni objekat, postoji evidentiran dug koji je neizmiren, te uslovljavaju korisnika usluge da isti izmiri kako bi ugovor bio zaključen.

NASLEDIVOST OBAVEZA

Prema odredbama Zakona o nasleđivanju, naslednici ostavioca odgovara-ju za dugove ostavioca do visine vrednosti nasleđenog dela zaostavštine.⁴⁸ Dugovi ostavioca, dakle, prelaze na njegove univerzalne sukcesore. Međutim, čl. 62. st. 6. Uredbe uvedeno je pravilo da se dug preminulog vlasnika vezuje za objekat, od-nosno merno mesto i merni uređaj vezan za taj objekat, bez obzira na eventualnu promenu vlasnika:

“Ukoliko novi vlasnik podnese dokaze o promeni vlasništva na objektu i dokaz o izmirenju računa na ime obaveza do dana očitavanja stanja na brojilu električne energije, može da zaključi ugovor o prodaji i ugovor o pristupu sistemu.”

Jezičkim tumačenjem navedene odredbe može se doći do zaključka da novi vlasnik objekta mora da pribavi dokaz da je prethodni vlasnik izmirio sve dugo-ve prema pružaocu usluge, kako bi ostvario pravo na pristup javnoj usluzi, ili da samostalno izmiri obaveze, naročito ako je to predviđeno ugovorom na osnovu koga se prenosi svojina na objektu, što je nedopustivo.

Ovakav stav suprotan je pravnoj logici i zakonskim propisima. Naime, do-slovnom primenom sporne odredbe, korisnik usluge bio bi primoran da odgova-ra za dug prethodnog vlasnika, iako je on njegov singularni sukcesor. Da bi zašti-tio svoju pravnu poziciju, kupac bi, u tom slučaju, bio primoran da vodi parnicu protiv naslednika bivšeg vlasnika, sa ciljem da oni isplate dug vezan za objekat nekom drugom licu (snabdevaču). Ishod ovakvog postupka bio bi veoma neizve-stan i sporno je da li bi parnični sud uopšte mogao da pruži takvu pravnu zaštitu. S druge strane, plaćanje duga od strane novog vlasnika objekta bi moglo da obe-smisli kupovinu cele nepokretnosti (nisu retke situacije da dug prevazilazi polo-vinu vrednosti nepokretnosti⁴⁹). Naposletku, primenom odredbe u slučaju nei-

⁴⁷ Videti: čl. 201. st. 1. tač. 4. ZOE.

⁴⁸ Videti: čl. 222. ZON.

⁴⁹ Iz izveštaja Komore Javnih izvršitelja, *op. cit.*

splaćivanja duga bila bi dovedena u pitanje upotrebljivost nepokretnosti. Stoga su sudovi u svom dosadašnjem, gotovo decenijskom postupanju po ovom pravnom pitanju, stali u zaštitu korisnika usluga:

“U konkretnom slučaju, sud nalazi da je bez uticaja na odluku suda da li je rani-ji vlasnik imao dugovanje prema tuženom ili ne, jer to ne može biti razlog da tuže-ni sprečava novog vlasnika da koristi električnu energiju ... Prednje iz razloga što je delatnost tuženika od opšteg društvenog interesa i značaja za život ljudi, pa bi sva-ko drugo ponašanje tuženika bilo u suprotnosti sa Ustavom Republike Srbije i Kon-vencijom o ljudskim pravima.”⁵⁰

“Tužilac je kao novi vlasnik stana stekao uslov da bude i vlasnik označenog brojila, a tuženi je bio u obavezi da izvrši očitavanje i promenu vlasnika brojila ... U ovom slučaju, bez uticaja na odluku suda je da li je raniji korisnik imao dugovanja pre-ma tuženom, jer je tuženi u ovom slučaju zakonom zaštićen pravom na podnošenje imovinsko-pravnog zahteva prema onome ko duguje. Obaveza novog vlasnika je da plaća električnu energiju od momenta useljenja u stan, odnosno od dana prijave.”⁵¹

Iz navedenih sudskih odluka može se izvesti zaključak da snabdevač može samo od naslednika bivšeg vlasnika objekta, u sudskom postupku, naplatiti po-stojeći dug, a ne i od kupca objekta.

Međutim, nisu samo odredbe Uredbe te koje zagovaraju “nasledivost” oba-veza. Zakon o energetici nameće obavezu kupcu da pre promene snabdevača, sa onim koji ga je do tada snabdevao, reguliše međusobne finansijske obaveze.⁵² Po-stavlja se pitanje šta ako postoji spor između prethodnog snabdevača i kupca, te iz tog razloga kupac nije izmirio niti želi da izmiri finansijske obaveze? Primenom navedenih odredaba, kupac bi mogao da ostane bez električne energije dok spor traje, a ujedno bi bio onemogućen da promeni snabdevača. Analogijom sa dru-gim delatnostima, može se doći do zaključka da je ovakvo rešenje izuzetak.

Neplaćanje finansijskih obaveza može biti uzrok traženja sudske zaštite, a nikako ne bi smelo biti razlog za nepružanje usluge od strane drugog snabdeva-ča. Zakon, stoga, insistira na ugovorima, kao formi kojom se regulišu prava i oba-veza ugovarača. Zakon ovakvom odredbom, kojom propisuje “nasledivost” finan-sijskih obaveza koje prate korisnika, dok god želi da koristi uslugu snabdevanja električnom energijom, faktički stavlja u povlašćeni položaj snabdevača. Ostaje praksi da pokaže da li će sudovi ostati pri stavu da štite kupce i u ovoj situaciji, kao što to sada čine u slučajevima kada dođe do promene vlasnika objekta:

⁵⁰ Iz obrazloženja Presude Opštinskog suda u Nišu, P. br.6957/09, od 16.11.2009. godine.

⁵¹ Iz obrazloženja Presude Osnovnog suda u Nišu, 8P. br.5979/10, od 07.5.2010. godine.

⁵² Videti: čl. 197. st. 1. ZOE.

“Prava i obaveze između snabdevača i krajnjeg kupca električne energije uređuju se ugovorom ... pa kako je tuženi imao ovo svojstvo (svojstvo snabdevača, *prim. aut.*), to je isti u obavezi da zaključi traženi ugovor ...”⁵³

ZAKLJUČAK

U svojoj nameri da detaljnije reguliše odnose između pružaoca i korisnika usluge garantovanog snabdevanja, Zakon o energetici je nevesto rešio odnos između snabdevača i korisnika. Naime, garantovano snabdevanje je zagarantovano zakonom po automatizmu svim korisnicima koje je zakon razvrstao po kategorijama. Međutim, u odsustvu instrumenata koji, po prirodi, pripadaju oblasti naslednog prava, zakon je bio nemoćan da reši situaciju koja nastaje u trenutku smrti ostavioca, korisnika usluge javnog snabdevanja, sve do trenutka pravno-snažnosti Rešenja o nasleđivanju.

Rešenje koje predlažu autori jeste uvođenje u naše pravo, nasledničkog uverenja koje bi izdavali ostavinski sud ili javni beležnik, kome je povereno vođenje ostavinskog postupka, na predlog potencijalnih naslednika, jednog ili više njih. Ono bi imalo dejstvo do trenutka donošenja Rešenja o nasleđivanju, ali bi svakako moglo da legitimise univerzalne sukcesore ostavioca-vlasnika objekta, da ostvaruju svoja prava u skladu sa Zakonom o energetici. Takođe, nasledničko uverenje bi omogućilo snabdevaču da u kategoriju korisnika – kupaca, uvede lica koja nisu pravi vlasnici objekta, ali kojima se nasledničkim uverenjem garantuje da potencijalno mogu ostvarivati pravo na objektu koji je priključen na distributivni sistem.

Uvođenjem nasledničkog uverenja ili sličnog instrumenta u pravni sistem Republike Srbije, velika pravna praznina bi bila popunjena i omogućila bi smanjenje ogromnog broja sporova koji se uglavnom završavaju na štetu snabdevača (odbacivanjem predloga usled smrti korisnika pre podnošenja predloga). Takođe, izmenama ZOE, koje bi išle u pravcu ukidanja “nasledivosti” obaveze i vezivanja obaveze isključivo za korisnike, a ne za objekat, kao što je to sada slučaj, smanjilo bi se nezadovoljstvo korisnika i uveo bi se red u bazama snabdevača, što je i trenutna zakonska obaveza.

Dobra zakonska rešenja cene se i po broju sudskih sporova koji su posledica njihove primene. Autori smatraju da će, ukoliko do predloženih izmena zakonskih normi u oblasti naslednog prava i u oblasti energetike dođe, broj sporova, koji su trenutno u sudskoj praksi česti, biti na marginama raspodele predmeta u sudovima.

⁵³ Iz obrazloženja presude Osnovnog suda u Nišu, 19P. br.1298/14, od 07.7.2014. godine.

ŽARKO DIMITRIJEVIĆ, LL.D.,
Public Enforcement agent
NOVAK KRSTIĆ, LL.D.,
Assistant Professor, Faculty of Law,
University of Niš.

INHERITING THE RIGHT TO THE GUARANTEED ELECTRIC ENERGY SUPPLY

Summary

Guaranteed energy supply is legally defined as a public service that guarantees the right of households and small consumers to electric energy supply at reasonable, clearly comparable, transparent and non-discriminatory prices. The right of access to the public service is guaranteed to all the citizens who satisfy the set conditions. In practice, there are cases in which an interested party meets all the conditions, but in the process of acquiring access to the public service cannot legally be recognized as licensed user. The opposite cases are also possible, where the service provider cannot realize their rights towards a customer, since they cannot prove that the customer is actually the user of the public service. The problems arise out of vagueness and contradiction of regulations in the areas of inheritance and energy laws. In this paper the authors try to identify problems that the existing norms cause in reality, and they take the freedom to propose new legal solutions that could successfully solve them.

TATJANA JEVREMOVIĆ-PETROVIĆ,
NATAŠA PETROVIĆ-TOMIĆ

NAKNADA NEMATERIJALNE ŠTETE U SLUČAJU SMRTI ILI POVREDE ŽIVOTINJE (KUĆNOG LJUBIMCA)

U V O D

Poslednjih godina mnogo se pisalo o važnoj ulozi koju životinje imaju u sadašnjem trenutku društvenog razvoja, kao i o pravnim posledicama koje proizlaze iz tog odnosa. Držanje životinja, bilo za potrebe uzgoja i privredne eksploatacije, bilo kao kućnih ljubimaca, otvara brojna pravna i etička pitanja. Centralna uloga koju životinje imaju u životima mnogih ljudi čini da pitanja u vezi sa njihovim držanjem, odgovornošću, troškovima lečenja i drugim pitanjima postaju predmet brojnih sporova, za koje se u novije vreme koristi i poseban termin – sporovi koji su u vezi sa životinjama (eng. *animal related litigation*).

Tema našeg interesovanja je pitanje naknade štete koju trpi vlasnik povređene ili stradale životinje, tj. kućnog ljubimca. Pored klasičnog pristupa tom problemu, koji priznaje samo naknadu materijalne štete, neka uporedna prava poznaju i drugačiji pristup. Stoga ćemo pod uticajem američke sudske prakse pokušati da damo odgovor na pitanje da li i pod kojim uslovima vlasniku ljubimca može, ili bi trebalo da se prizna pravo na naknadu nematerijalne štete. U tom smislu ćemo se baviti pitanjem naknade štete kroz perspektivu dve oblasti prava koje sinergijskim

Dr Tatjana Jevremović-Petrović, profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

Dr Nataša Petrović-Tomić, profesorka Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Ovaj članak objavljen je u zborniku radova *Životinje i pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, str. 175-208 (nap. aut.).

delovanjem treba da pruže odgovor na postavljeno pitanje. Prva je odštetno pravo, a druga pravo osiguranja. Za zaštitu interesa vlasnika ljubimca značajno je da li on može da računa na naknadu nematerijalne štete (za pretrpljeni duševni bol usled gubitka voljenog ljubimca), kao i da li dosuđenu naknadu može da naplati od (nekog/bilo kog) osiguravača. Američka praksa vrlo je neujednačena u pogledu prava vlasnika povredene ili usmrćene životinje, i to kako u pogledu naknade nematerijalne štete, tako i u odnosu na klauzule polisa različitih osiguranja, koja potencijalno mogu poslužiti kao izvor namirenja vlasnika. Pritom, radi se o oblastima koje su u razvoju i u američkom pravu, te se stalno javljaju novi slučajevi čiji ishod ima direktan uticaj na industriju osiguranja, s tim da je u ovoj oblasti primetno postojanje specifičnih odredaba i isključenih šteta u polisama osiguranja (posebno osiguranja od odgovornosti). Naglašavamo da na ishod sporova danas sve više utiče ne samo pravna regulativa, već i etički stavovi sudija, advokata i zainteresovanih lica. Stoga je deo odšetnog prava koji se odnosi na životinje i u vezi je sa pravom osiguranja (tzv. *animal (insurance) law*) oblast prava u razvoju, ali i šire društvene svesti o značaju uređenja ne samo pitanja odgovornosti u vezi sa životinjama, ili mogućnosti naknade štete (materijalne i nematerijalne) i njenog osiguranja povodom životinja, kao i drugim sličnim pitanjima; već i položaju životinja kao takvih, i time nužnosti njihovog poimanja i tretiranja kao osebnih "subjekata" u pravu.

Ideja autora u ovom radu je da, najpre, analizira i u osnovnim crtama objasni promenljiva stanovišta domaće, a zatim i uporedne – na prvom mestu američke teorije i sudske prakse po pitanju naknade štete vlasniku povredene ili usmrćene životinje. Nakon toga, ukazaćemo na osobenosti prava osiguranja u odnosu na postupak obeštećenja vlasnika, naročito uzimajući u obzir koje polise osiguranja naročito mogu u ovom pitanju da budu od koristi. Ne pretendujemo da objasnimo sve vrste pokrića koje se mogu naći na tržištima razvijenih država, već da pravničku javnost upoznamo sa mogućnostima naknade štete i osiguranja u ovom domenu, kao i da podstaknemo domaće osiguravače da u svoju ponudu uvrste neki modalitet osiguravajućeg pokrića vezanog za životinje. Najzad, naša je namera da damo preporuke o budućem pravnom tretmanu životinja, naročito u klasičnim pitanjima građanskog prava, kako bi se stvorio širi pravni okvir koji bi omogućio primenu pojedinih instituta, uključujući i pravo na naknadu nematerijalne štete i na životinje.

ŽIVOTINJA KAO SUBJEKT ILI OBJEKT PRAVA I NJENA DOBROBIT

Tradicionalno se životinje u građanskom pravu smatraju objektima prava, s tim da se u poslednje vreme sve češće priznaje da one uživaju određena prava i

time postaju i *sui generis* subjekti prava, iako u vrlo ograničenom smislu; odnosno da se radi o specifičnim – ograničenim ili pasivnim pravnim subjektima.¹ Životinja je, dakle, pre svega stvar koja može da se nađe u ljudskoj vlasti i na kojoj može da postoji pravo svojine, čime predstavlja deo njegove imovine. Ona je stvar u prometu i predmet je prava i obaveza iz različitih pravnih poslova, poput ugovora o prodaji, poklonu, prevozu i slično. Tipičan primer građanskog prava od rimskih vremena do danas za plodove *stvari* i pripadnost vlasniku redovno podrazumeva mladunce domaćih životinja, kao što obligaciono pravo uvek pominje životinju i štetu koju nanese kao primer odgovornosti sopstenika za štetu od *opasne stvari*.² Ipak, moderni građanski zakonici sve više usvajaju načelne odredbe kojima životinje odvajaju od stvari, smatrajući ih, takođe i subjektima prava.³ To, međutim, nije bilo i opredeljenje srpskog Građanskog zakonika, čiji nacrt i dalje pod subjektima prava podrazumeva samo fizička i pravna lica, dok životinje ostaju tradicionalno shvaćene kao objekti, ali ne i subjekti prava.⁴

Životinja, međutim, nije samo jedna od stvari u vlasništvu čoveka. Za nju on može da veže i svoju privrednu delatnost, te može da je ekonomski eksploatiše. Može je koristiti u naučne ili obrazovne svrhe. I pored svega, međutim, čovek može da bude vlasnik životinje koju jednostavno voli. Ona ne mora da mu “služi”, već može da igra važnu ulogu u njegovom životu, stvarajući na taj način poseban emotivni odnos koji nikada ne može da se poredi sa “običnom stvari” koja se nalazi u njegovoj imovini. Iz toga sledi pitanje da li i u kojoj meri pravo prepoznaje i priznaje takav poseban odnos koji čovek ima u odnosu na životinje.

Nesporno je da je savremeni razvoj društva utiče i na oblikovanje pravila koja u životinjama prepoznaju subjekte prava. One su, stoga, već dugo predmet značajne zaštite, kako u pogledu postupanja pojedinca, tako i u odnosu cele zajednice prema životinjama. Razvijanjem svesti o potrebi zaštite životinja, humanom postupanju, brizi o njihovoj dobrobiti, ljudsko društvo daleko je otišlo od klasič-

¹ Vid. npr. Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u građansko pravo: knjiga prva*, Nomos, Beograd 1992, 80; Milan Paunović, *Prava životinja: Savremeni međunarodni standardi*, Pravni fakultet Beograd, “Đuro Salaj”, a.d., Beograd, Beograd 2004, 170-171. Izričito da se radi o subjektima prava vid. Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo: Uvod u građansko pravo i Opšti deo građanskog prava*, Pravni fakultet Univerziteta Union, Službeni glasnik, Beograd 2012, 325.

² Vid. npr. Obren Stanković, Miodrag Orlić, *Stvarno pravo*, deveto izdanje, Nomos, Beograd 2014, 13; *Obligaciono pravo: Prema beleškama sa predavanja profesora M. Konstantinovića*, Beograd 1962, 138.

³ Primere takvih pravila vid. kod V. Vodinelić, 413.

⁴ Vid. čl. 22 i dalje Prednacrta Građanskog zakonika, Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Građanski zakonik Republike Srbije*, radni tekst, Beograd 2015. godine.

nog poimanja životinje kao “proste stvari” i objekta prava.⁵ Životinje se shvataju kao bića koja mogu da osećaju bol, strah, pretnju i stres, a čovekova vlast nad njima pojačava njegovu obavezu da ih poštuje i brine o njihovoj dobrobiti.⁶ Time pravo uvodi i poseban interes koji štiti i obuhvata ga pojmom dobrobiti životinja.⁷ Njime čovek razvija ne samo svest o smanjenju surovosti ili fizičkog zlostavljanja životinja, već sve više ide i ka njihovoj psihološkoj dobrobiti.⁸ Ipak, ljudsko društvo još uvek je daleko od apsolutne slobode životinja, u kojoj one “nisu naše da ih mi jedemo, nosimo ili eksperimentišemo na njima”.⁹

Širenje svesti o dobrobiti i pravima životinja sve više utiče i na druge probleme koji su u vezi sa životinjama. Otud, uporedo sa razvojem svesti i pravnom regulativom dobrobiti životinja jača i razvoj svesti o emotivnoj vezi i odnosu koji čovek ima prema životinjama. Stoga nije jedini problem pitanje obaveza ili dužnosti prema životinji, već i čoveku koji saoseća sa životinjom. Paunović to vrlo slikovito dočarava citatom prema kome “Nije pas prema kome se loše postupa predmet brige ... (već) mi brinemo za osećanja ljudi”.¹⁰ Ipak, pitanje saosećanja nije samo zaštita čoveka kao takvog, već i životinje, naročito onda kada cilj odgovarajuće društvene reakcije može ovome da doprinese. Paralelno se razvijaju i ideje zaštite životinja ne samo radi čoveka, već nje same, a moderna pravna rešenja streme prihvatanju pravila u skladu sa tim idejama.¹¹

Stoga, problem naknade štete povodom povrede ili smrti životinje – pa i kućnog ljubimca, ali ne ograničavajući se na njih, predstavlja pokušaj razvoja društvene svesti o potrebi priznavanja postojanja posebne emotivne veze između čoveka i životinje.¹² Takođe, to je i put daljeg tumačenja (ili razvoja) nekih kla-

⁵ Naročito je u tom smislu značajna već vrlo razvijena opšta regulativa o odnosu čoveka prema životinji, kako na nacionalnom, tako i na međunarodnom nivou. O uporednopravnom pregledu nacionalne i međunarodne regulative zaštite i dobrobiti životinja vid. posebno M. Paunović, 69 i dalje.

⁶ Vid. naročito opšta načela zaštite dobrobiti životinja u domaćem pravu u čl. 4 Zakona o dobrobiti životinja, *Službeni glasnik RS* 41/2009.

⁷ Vid. čl. 1 Zakona o dobrobiti životinja, kao i Marija Karanikić Mirić, *Objektivna odgovornost za štetu*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, 168.

⁸ M. Paunović, 158.

⁹ Citirano prema: *Ibid.*, 159.

¹⁰ *Ibid.*, 163.

¹¹ Takav stav nazvan je tzv. etičkim ili altruističkim pristupom u pravnom tretmanu životinja, uključujući i materijalno građansko pravo. Vid. više V. Vodinelić, 413.

¹² Razlog za jednak tretman životinja, bez izdvajanja kućnih ljubimaca nalazimo u konceptijskom opredeljenju domaćeg prava da pravno zaštiti životinje kroz koncept dobrobiti svih onih životinja koje mogu da osećaju bol, strah, patnju i stres. Naše je opredeljenje izjednačavanje tretmana svih životinja, a ne samo pojedinih kućnih ljubimaca. Uostalom, teško je zaboraviti dirljiv opis emo-

sičnih instituta građanskog prava, među kojima naročito postojanja i naknade neimovinske štete u određenim slučajevima, kako bi se uloga i smisao tih instituta prilagodili savremenim potrebama.

Pravo vlasnika kućnog ljubimca na naknadu štete u slučaju smrti ili povrede ljubimca

O odnosu vlasnika prema kućnim ljubimcima najbolje svedoče sledeći podaci: 54% njih tvrdi da kućnog ljubimca vodi kod veterinara češće nego što sami odlaze na lekarske preglede; 94% vodi ljubimce na redovne preglede; 93% je odgovorilo da bi rizikovali svoj život za život svog ljubimca.¹³ Imajući u vidu dubinu odnosa koji delimo sa ljubimcima ne čudi što se sudovi često suočavaju sa pitanjem naknade štete pretrpljene usled povrede ili smrti životinja, kao i naročito kućnih ljubimaca. No, čini se da je do sada pravo u velikoj meri počivalo na tradicionalnom shvatanju vrste i obima štete na koju vlasnici u toj situaciji imaju pravo.

Srpsko pravo – naknada materijalne štete

Životinja kao deo imovine. – Već je istaknuto da građansko pravo redovno životinje tretira kao stvari, pri čemu na njima postoji vlasnikovo pravo svojine.¹⁴ Bez obzira na činjenicu da se životinje danas pravno tretiraju kao bića koje osećaju, te, stoga, zaštitom njihove dobrobiti uživaju određena prava – subjekti su prava (u vrlo specifičnom smislu reči i, kada je reč o domaćem pravu, u vezi sa interesom dobrobiti životinja), one uvek nužno ostaju i objekti prava.

Nesporno je da u pravnom smislu životinja može da bude objekt prava, uključujući i pravo svojine. Ipak, i samo pravo svojine nad životinjom nije uporedivo sa tim pravom nad drugim stvarima, budući da je ograničeno pravnim okvirom uspostavljenim kroz interes dobrobiti životinja. Tako vlasnik životinju ne sme da zlostavlja, lišava je života ili na njoj interveniše; ne sme da je zanemari, pa čak ni napusti ili odbaci kada njen opstanak zavisi od čoveka.¹⁵

ativnog odnosa između starca i njegovog magarca pri kraju romana *Ostrvo* Meše Selimovića. Stoga nema argumenta koji bi takav odnos (vlasnik – bilo koja životinja u njegovom vlasništvu) učinio u bilo kom smislu drugačijim (ili manje vrednim da se zaštititi) od onog koji ima vlasnik kućnog ljubimca prema svom psu ili mački.

¹³ Prema istom istraživanju, na dva Amerikanca dolazi jedan kućni ljubimac. Detaljnije: Mark Sadler, "Can the injured pet owner look to liability insurance for satisfaction of a judgment? The coverage implications of damages for the injury or death of a companion animal", *Animal Law* vol. 11, 2005, 283.

¹⁴ V. Vodinelić, 411.

¹⁵ Vid. naročito prava i obaveze vlasnika u čl. 6 i 7 Zakona o dobrobiti životinja.

Ipak, životinja je uprkos specifičnostima u vezi sa svojom prirodom i pravnim položajem deo imovine njenog vlasnika, i ima, pritom, svoju imovinsku vrednost. Stoga, smrt ili povreda životinje može da predstavlja umanj enje nečije imovine, budući da podrazumeva gubitak te vrednosti. Pored umanj enja nečije imovine, smrt ili povreda životinje može da ima i druge imovinske posledice, pre svega nemogućnost uvećanja imovine. To je naročito onda slučaj kada životinja koristi čoveku u obavljanju neke privredne delatnosti. Suprotno, kućni ljubimac po pravilu ne znači i sprečavanje uvećanja imovine, iako je i to moguće (u slučaju da vlasnik namerava da npr. proda mladunce koje očekuje od svog ljubimca, da ostvari prihod nakon takmičenja i slično). Shodno tome, i posledice povrede ili smrti životinje – kućnog ljubimca podrazumevaju obavezu naknade time pričinjene štete. Razumljivo, naknada pripada vlasniku kućnog ljubimca.

Naknada materijalne štete. – U domaćem, kao i u uporednom pravu, vlasnik ima pravo na naknadu *materijalne štete* u slučaju smrti ili povrede životinje. To pravo nije sporno i domaći sudovi su prilikom odlučivanja u takvim slučajevima mahom potvrđivali primenu opštih pravila obligacionog prava, pozivajući se na opšte odredbe kojima se uređuje naknada materijalne štete.¹⁶

U ovim slučajevima sud se prilikom odlučivanja vodio idejom o potrebi ispunjenja osnovne svrhe naknade materijalne štete, viđene na prvom mestu kao reparacija – uspostavljanje stanja koje je postojalo pre nastupanja štete, odnosno i kompenzacija u novcu, ukoliko je reparacija nedovoljna, nemoguća ili nije nužna.¹⁷ Dakle, osnovna svrha naknade u slučaju smrti ili povrede životinje svodi se na uspostavljanje ranijeg stanja u odnosu na imovinu vlasnika i njenu vrednost. Nasuprot tome, prema mišljenju naše sudske prakse “gubitak *materijalne stvari* (podvukli autori)... ne predstavlja Zakonom o obligacionim odnosima priznati pravni osnov za dosuđenje nematerijalne štete prouzrokovane duševnim patnjama nastalim tim povodom”.¹⁸ Dakle, domaće pravo u slučaju smrti ili povrede kućnog ljubimca daje isključivo pravo na naknadu materijalne, ali ne i nematerijalne štete, smatrajući da je ovde reč o “domaćim životinjama (koje se) ... upodo-

¹⁶ Vid. npr. Presudu Okružnog suda u Valjevu, Gž. 170/2006 od 27.1.2006. godine, kao i Presudu Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 805/2011 od 21.4.2011. godine. Obe presude dostupne preko baze *ParagrafLex*, pristup 1.11.2015. Dok prva presuda pominje kao osnov čl. 154 i 185 ZOO, dakle osnovna pravila vezana za materijalnu štetu, druga se odnosi na pitanje obima njene naknade. Vid. o prvoj presudi i kod: M. Karanikić Mirić, 168.

¹⁷ Vid. čl. 185 ZOO.

¹⁸ U ovom slučaju, međutim, nije bilo reči o životinjama kao stvarima, već se radilo o gubitku umetničkog dela. Rešenje Vrhovnog suda Srbije, Rev. I 2749/2004 od 25.11.2004. Presuda dostupna preko baze *ParagrafLex*.

bljavaju pokretnoj stvari”, te, stoga, za njih nije predviđena mogućnost dosuđenja nematerijalne štete.¹⁹

Iznos naknade. – Tretman životinja kao stvari koje čine deo imovine njihovih vlasnika uslovio je ne samo odgovor na pitanje koju štetu je moguće naknaditi vlasniku povređene ili usmrćene životinje, već i visinu naknade koja pripada njenom vlasniku. Tako se kao osnovno pravilo za naknadu ove štete primenjuje načelo integralne naknade, pri čemu je u okviru nje predviđena naknada *obične štete*, i, eventualno, *izmakle koristi* koja bi se ostvarila prema redovnom toku stvari.²⁰ Profesor Radišić smatra da šteta postaje vidljiva tek kada se sravni sadašnje stanje uštrbnutih dobara sa njihovim ranijim stanjem, pri čemu se može uzeti u obzir i budući razvitak koji je već izvestan. O šteti može biti reči samo ako postoji negativna razlika ovih stanja.²¹

U istom pravcu govoreći o materijalnoj šteti se izričito izjašnjava domaća sudska praksa i kada je reč o životinjama, smatrajući da se ona određuje prema tržišnoj vrednosti životinje određenih rodovnih i radnih karakteristika.²² Dakle, osnovno pravilo odštetnog prava koje važi u odnosu na naknadu materijalne štete, da naknada ne može biti viša od visine prouzrokovane štete važi u potpunosti i za životinje koje čine deo imovine vlasnika.

Ipak, i opšta pravila naknade materijalne štete relativizovana su u posebnim slučajevima, kada se radi o oštećenim ili uništenim stvarima koje su imale poseban značaj za oštećenog. Tako je sudska praksa u slučaju koji nije bio u vezi sa životinjama, već stvarima koje su za oštećenog imale poseban značaj, potvrdila takvu mogućnost, pozivajući se na pravilo o određivanju visine naknade kada je stvar uništena ili oštećena krivičnim delom učinjenim sa umišljajem, smatrajući da je ona moguća ukoliko je reč o naknadi materijalne štete, a stvari su od posebnog značaja za oštećenog.²³ Domaća teorija smatra da je ovde reč o naknadi koja uvažava subjektivni odnos oštećenog prema stvari, gde prilikom odmeravanja njene visine moraju da se imaju u vidu oklonosti slučaja, kao što je vrsta povre-

¹⁹ Vid. obrazloženje uz ranije citiranu Presudu Okružnog suda u Valjevu.

²⁰ Čl. 198 st. 1 i 190 ZOO. Uopšteno o načelu integralne naknade vid. i Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, Kulturni centar – Gornji Milanovac, Pravni fakultet – Kragujevac 1980, 560 (dalje u fusnotama delo citirano kao *Komentar ZOO*).

²¹ Jakov Radišić, *Imovinska odgovornost i njen doseg*, Institut društvenih nauka, Beograd 1979, 84-85.

²² Vid. već citiranu presudu Apelacionog suda u Novom Sadu od 2011. godine.

²³ Čl. 189 st. 4 ZOO. Vid. takav stav u već citiranoj Presudi Okružnog suda u Valjevu iz 2005. godine.

đenog dobra i stepen emotivnosti vlasnika stvari.²⁴ Uzimajući u obzir okolnosti koje su u vezi sa činjenicom prouzrokovanja štete (krivično delo i umišljaj učinio) samoj naknadi se i u ovom slučaju daje karakter tzv. distributivne pravde, odnosno uvažava okolnost ekvivalentnosti, ali se priznaje da ona u delu u kome je naknada uzela u obzir afektivnu vrednost predstavlja svojevrsni slučaj naknade nematerijalne štete.²⁵ Prevedeno na slučaj o kome se u ovom radu raspravlja, osuđujuća presuda za krivično delo kojim je životinja ubijena ili zlostavljana (povredena) učinjeno sa umišljajem može da da osnov za određivanje naknade štete koja u obzir uzima poseban emotivni odnos koji je vlasnik imao sa svojom životinjom.²⁶ No, time mogućnost utvrđivanja iznosa naknade prema vrednosti koju "stvar" – odnosno životinja ima za vlasnika predstavlja tek izuzetak od pravila, i to ukoliko su ispunjeni svi uslovi u pogledu postojanja krivičnog dela i osuđujuće presude za njegovo izvršenje. Time domaće pravo ostaje na liniji tradicionalnog shvatanja određivanja štete i njenog iznosa.

Pogled na uporedno pravo: Tradicionalni pristup američkog prava

O pitanju obeštećenja vlasnika za slučaj prouzrokovanja smrti ili povrede kućnog ljubimca usled namere ili grube nepažnje nekog lica postoji mnoštvo slučajeva u američkoj praksi. Na osnovu analize američke prakse mogu se uočiti četiri pristupa pitanju naknade štete u slučaju smrti ili povrede kućnog ljubimca.²⁷ Prema prvom pristupu koji se može nazvati tradicionalnim, i koji u najvećoj meri odgovara pristupu domaćih sudova, američki sudovi tretiraju kućnog ljubimca kao deo imovine vlasnika, te oštećenom vlasniku dosuđuju odštetu u visini tržišne vrednosti ljubimca. Međutim, već se drugim pristupom priznaje pravo na naknadu tzv. stvarne vrednosti ljubimca za vlasnika, što je najčešće više od njegove tržišne vrednosti. Treći pristup dozvoljava priznanje šteta usled duševnog bola izazvanog smrću ili povredom njegove životinje – kućnog ljubimca, ako njegov vlasnik uspe da dokaže odgovornost drugog lica za nanošenje duševnog bola usled namere ili grube nepažnje. Najзад, četvrti pristup se sastoji u dosuđivanju

²⁴ Veliborka Filipović, "Princip integralne naknade materijalne štete", *Pravni život* 9-10/1992, 1357.

²⁵ Vid. *Komentar ZOO*, 564.

²⁶ Vid. naročito čl. 269 Krivičnog zakonika Republike Srbije, *Službenik glasnik* RS 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014; kao i komentar uz čl. 189 ZOO u: *Komentar ZOO*, 564.

²⁷ Lynn A. Epstein, "Resolving Confusion in Pet Owner Tort Cases: Recognizing Pets' Anthropomorphic Qualities under a Property Classification", *Southern Illinois University Law Journal* vol. 26, Fall 2001, 36.

posebne vrste tzv. kaznene naknade (*punitive damages*) u naročitim okolnostima.²⁸ Dakle, sudovi su skloni da naknadu štete klasifikuju ne samo kao materijalnu štetu, s tim da naknada može da se odnosi ne samo na tržišnu, već i stvarnu vrednost ljubimca, shvaćenog kao deo imovine njegovog vlasnika, već (i) kao nematerijalnu štetu.

Pristalice tradicionalnog pristupa u američkom pravu posmatraju kućne ljubimce kao deo imovine vlasnika. Ovaj pristup je istorijskog karaktera i nastao je pod uticajem stare podele na domaće i divlje životinje, odnosno svrstavanje domaćih životinja u deo imovine vlasnika farmi i poljoprivrednih gazdinstava. Da bi vlasnik imao pravo na naknadu štete koju trpi usled povrede ili smrti životinje, ona je kategorisana kao deo imovine. Naknada koja se mogla dobiti odgovarala je novčanoj vrednosti po kojoj se životinja može kupiti ili razmeniti za drugu robu. Kako je tokom dvadesetog veka broj farmi drastično opao, s jedne strane, i kako danas postoji posebna vrsta osiguranja koje se odnosi na život i zdravlje stoke (eng: *livestock insurance*), s druge strane, smatra se da više ne postoje isti razlozi za tretiranje životinja kao dela imovine.²⁹

Tradicionalni pristup doveo je do ograničenih mogućnosti obeštećenja vlasnika za povređenog ili usmrćenog ljubimca, naročito kada je to učinjeno nameranim ili nemarnim postupcima drugih lica. Vlasnik ljubimca može pretendovati samo na naknadu materijalne štete, dok mu je naknada nematerijalne štete uskraćena. To ima za posledicu vrednovanje štete usled smrti ili povrede ljubimca na isti način kao da se radi o bilo kom drugom delu imovine.³⁰ Kako se za oštećenje ili gubitak imovinskih vrednosti ne može potraživati naknada nematerijalne štete, to vlasnici povređene ili usmrćene životinje ne mogu ostvariti pravo na naknadu štete za pretrpljeni duševni bol i patnju. U tom smislu postoji pravilo kome se danas daje epitet istorijskog: vlasnik kućnog ljubimca ima pravo samo na naknadu tržišne vrednosti (eng.: *fair market value approach*) ljubimca u vreme kada se smrt ili povreda dogodila.³¹ Ovaj pristup počiva na ideji da se isplatom naknade

²⁸ Jay M. Zitter, "Recovery of Damages for Emotional Distress Due to Treatment of Pets and Animals", *American Law Reports* vol. 91, 2001-2005, 545.

²⁹ Detaljno vid. kod: Lauren M. Sirois, "Recovering for the Loss of a Beloved Pet: Rethinking the Legal Classification of Companion Animals and the Requirements for Loss of Companionship Tort Damages", *University of Pennsylvania Law Review* vol. 163, 2015, 1206; Kelly Wilson, "Catching the Unique Rabbit: Why Pets Should Be Reclassified as Inimitable Property under the Law", *Cleveland State Law Review* vol. 57, 2009, 172-173.

³⁰ Debra Squires-Lee, "In Defence of Floyd: Appropriately Valuing Companion Animals in Tort", *New York University Law Review* vol. 70, 1995, 1059-1060.

³¹ William C. Root, "Man's Best Friend: Property or Family Member? An Examination of the Legal Classification of Companion Animals and its Impact on Damages Recoverable for their Wrongful Death or Injury", *Villanova Law Review* vol. 47, 2/2002, 423; Peter Barton, Frances Hill,

štete po kriterijumu tržišne vrednosti ljubimca njegov vlasnik stavi u isti položaj u kome se nalazio pre nego što je preduzeta radnja koja je rezultirala štetnim posledicama po njega. Pravična tržišna vrednost nije ništa drugo do vrednost onoga što je oštećeni izgubio, odnosno iznos novca koji će mu biti potreban kako bi izgublenu vrednost zamenio drugom.³² U slučaju *Nichols v. Sukaro Kennels* sud je zauzeo stanovište da “šteta koja proizlazi iz povrede životinje odgovara razlici između njene vrednosti pre i posle povrede”.³³ U tom slučaju, dakle, naknada štete ima klasičnu ulogu reparacije, kojom se vlasnik kućnog ljubimca stavlja u položaj kao da se šteta u njegovoj imovini nije zapravo ni dogodila i zapravo je uporediva sa naknadom koja je poznata u domaćem odštetnom pravu.

Američka praksa imala je u nizu slučajeva priliku da raspravi ne samo vrstu već, kako je pokazano, i obim naknade štete koja će biti dosuđena vlasniku usmrćene ili ozleđene životinje. Tako se smatra da na nju utiču sledeći faktori: pedigree, kupoprodajna cena životinje, troškovi zamene životinje drugom životinjom, zdravstveno stanje i normalan životni vek životinje, pasmina, troškovi lečenja i održavanja, kao i naročite karakteristike (poput izložbenog porekla), potencijal korišćenja za svrhe uzgoja, gubitak prihoda od životinje.³⁴ Dakle, ove okolnosti određuju tržišnu vrednost životinje da bi se odredila obična šteta, i, eventualno izmakla korist. Okolnosti poput emotivne veze između vlasnika i životinje ne uzimaju se u obzir prilikom određivanja naknade prema ovom prvom, tradicionalnom pristupu.³⁵ Ukratko, bilo koji faktor koji utiče na tržišnu vrednost životinje uzima se u obzir prilikom odmeravanja naknade. U skladu sa pristupom o naknadi prema tržišnoj vrednosti životinje, vlasnik životinje mora pružiti dokaze u prilog određene vrednosti.³⁶ To je upravo onaj stav koji su i domaći sudo-

“How Much Will You Receive in Damages from the Negligent or Intentional Killing of Your Pet Dog or Cat?”, *New York Law School Law Review* vol. 34, 1989, 411-412.

³² L. Sirois, 1208.

³³ Victor E. Schwartz, Emily J. Laird, “Non-Economic Damages in Pet Litigation: The Serious Need to Preserve a Rationale Rule”, *Pepperdine Law Review* vol. 33, 2006, 240.

³⁴ Ako je, primera radi, reč o psu retke rase ili psu koji ima takav pedigree da se teško nalazi na tržištu to svakako utiče na visinu naknade. Detaljnije: M. Sadler, 286.

³⁵ U slučaju *McDonald v. Ohio State University Veterinary Hospital*, povređeni nemački ovčar osvojio je brojne nagrade na takmičenjima i obezbeđivao značajne prihode svom vlasniku. Sud je prilikom odmeravanja naknade štete uzeo u obzir troškove treninga psa, napore koje je iziskivala njegova rehabilitacija nakon delimične paralize, kao i gubitak prihoda koji vlasnik trpi usled nemogućnosti povređenog psa da učestvuje na takmičenjima i izložbama. Ipak, sud je naglasio da “sentimentalnost nije element prilikom određivanja naknade štete izazvane povredom životinje”. Dakle, ovo je primer rezonovanja sudova koji vode računa samo o naknadi materijalne štete izazvane povredom kućnog ljubimca.

³⁶ W. Root, 427.

vi zauzeli povodom određivanja obima naknade, naročito kada je reč o izmakloj koristi.³⁷ Američki sudovi koji se pridržavaju tradicionalnog pristupa oslanjaju se, najzad, i na argument zaštite javnog poretka.³⁸

Ipak, glavni nedostatak tog tradicionalnog pristupa sastoji se u tome što se ne razmatra značaj koji životinja (kućni ljubimac) može imati za vlasnika. Stoga je tokom vremena postalo jasno da vlasnici povređenih kućnih ljubimaca ne mogu dobiti adekvatno obeštećenje primenom kriterijuma isplate naknade prema tržišnoj vrednosti životinje.³⁹ Zapravo, razvila se debata oko pitanja da li vlasnicima povređenih ili stradalih životinja može biti priznato pravo na naknadu koja prevazilazi tržišnu vrednost njihove životinje, ako je životinja pretrpela povredu ili je usmrćena protivpravnim ponašanjem. Ključna za promenu perspektive je bila tvrdnja, potkrepljena rezultatima istraživanja, da životinje koje se drže kao kućni ljubimci nisu za njihove vlasnike deo imovine, već više članovi porodice.⁴⁰ Gubitak kućnog ljubimca ima za posledicu osećaj gubitka koji se ne razlikuje mnogo od istog osećaja kada se izgubi član porodice.⁴¹ Taj gubitak je utoliko teži ukoliko se ispostavi da je uzročno povezan sa namernim postupkom nekog lica ili njegovom grubom nepažnjom.

Ovakvo percipiranje kućnih ljubimaca odgovara činjeničnom stanju, i, više od svega, savremenom poimanju životinja.⁴² Istina je, naime, da životinje imaju

³⁷ Vid. obrazloženje već citirane Presude Apelacionog suda u Novom Sadu od 2011. godine.

³⁸ Sudovi ističu da je zadatak svakog pravnog poretka da ograniči pravne posledice propusta i uopšte protivpravnih postupaka tj. da ih drži na kontrolisanom nivou. Ako bi se dozvolila naknada štete za pretrpljeni duševni bol usled povrede ili smrti životinje to bi dovelo do nesagledivih konsekvenci po društvo. Takođe, ima sudova koji ističu probleme koji bi pratili postupak priznanja prava na naknadu nematerijalne štete pragmatične prirode poput: definisanja ko ima pravo na naknadu (da li je to samo vlasnik životinje ili/i članovi porodice), utvrđivanja životinja čiji gubitak daje pravo na naknadu, itd. Detaljnije: V. Schwartz, E. Laird, 237-240.

³⁹ I u našoj teoriji se govori o problemu *adekvatne* naknade. Tako se smatra da "naknada mora biti adekvatna šteti, odnosno mora otkloniti štetnu posledicu koja je nastala za oštećeno lice" Zdravko Petrović, Nataša Mrvić Petrović, *Naknada nematerijalne štete*, Službeni glasnik, Beograd 2012, 35.

⁴⁰ W. Root, 425; Rebecca J. Huss, "Valuing Man's and Woman's Best Friend: The Moral and Legal Status of Companion Animals", *Marquette Law Review* vol. 86, 1/2002, 89.

⁴¹ Sabrina DeFabritiis, "Barking up the Wrong Tree: Companion Animals, Emotional Damages and the Judiciary's Failure to Keep Pace", *Northern Illinois University Law Review* vol. 32, 2012, 243-244.

⁴² Naime, brojna psihološka istraživanja su pokazala da sudovi imaju puno pravo da životinje vrednuju kao članove porodice, i da sledstveno tome prošire mogućnosti obeštećenja. Rezultati istraživanja kažu da više od 70% vlasnika smatraju svoje ljubimce članom porodice. To se posebno odnosi na pse i mačke, sa kojima vlasnici ostvaruju emocionalni odnos uporediv sa odnosom sa drugim ljudima. S tim u vezi, postoji mnoštvo indikatora koji se mogu koristiti u sudskoj praksi

jedinstvenu ulogu u savremenom društvu. S tim u vezi značajno je istaći predlog koji zastupaju pojedini autori u američkoj teoriji da se tradicionalna klasifikacija kućnih ljubimaca promeni i da se oni proglase jedinstvenom imovinom (eng. *inimitable property*).⁴³ Njima bi se ovakvim pristupom priznao hibridni status (nešto između “obične” imovine i pravnog subjektiviteta). Stoga i promene u shvatanju mogućnosti naknade povodom njihovog gubitka ili povrede nužno prate takvo poimanje.

Izmenjen pristup u pogledu obima naknade: Naknada stvarne vrednosti ljubimca za vlasnika. – U američkoj praksi već postoji određeni broj presedana u kojima se napušta tradicionalni pristup u određivanju vrste i obima naknade štete. Prvi ustupak tradicionalnom poimanju određenja naknade štete odnosio se na uobičajeno odmeravanje obima naknade materijalne štete, gde se u obzir uzima “tržišna vrednost” uginulog ili povređenog ljubimca. Naime, praksa je bila sklon na da sve više u obzir uzima “stvarnu” vrednost životinje koju ona ima za vlasnika. Iz ugla zaštite prava i interesa vlasnika kućnog ljubimca ključno je da se naknadom, pored elemenata koji ukazuju na tržišnu (objektivnu) vrednost životinje, obuhvati i sentimentalna vrednost, tj. gubitak zbog onoga što je ta životinja vlasniku predstavljala. Pod uticajem izloženih shvatanja vremenom se u američkoj sudskoj praksi i teoriji razvio drugi pristup, koji karakteriše utvrđivanje naknade prema vrednosti koju životinja ima za vlasnika (eng. *actual value approach, intrinsic value approach*).⁴⁴

Ovaj pristup je u neku ruku iznuđen. Naime, on nije posledica promenjenog stava sudske prakse i njenog uverenja da princip tržišne vrednosti životinje ne odgovara realnosti, već je više posledica nemogućnosti da se u određenim situacijama utvrdi tržišna vrednost životinje. Osim ako se ne radi o čistokrvnom psu za uzgoj, tržišna vrednost psa je mala ili ju je teško utvrditi. Sudovi koji nisu

kao pokazatelj kvaliteta odnosa između vlasnika i ljubimca (uključenost ljubimca u porodične rituale, dovođenje ljubimca na posao – “national take your dog to work day”, odlazak na odmor sa ljubimcem i uvećani troškovi u vezi sa tim, plaćanje boravka psa u specijalizovanom centru za vreme radnih dana i uopšte potrošnja određene količine novca u cilju obezbeđenja bezbednosti ljubimca, zaštite njegovog zdravlja i sreće, itd). Ako su u konkretnom slučaju ispunjeni neki od pomenutih uslova, jasno je da povreda ili smrt životinje predstavljaju veliki stres za vlasnika i članove njegove porodice. Stoga je ispravno zaključiti da je stepen tuge koju vlasnik oseća u slučaju gubitka životinje indirektni pokazatelj emotivne veze između njega i ljubimca. Detaljnije: W. Root, 435-441.

⁴³ Ključno za ovakvu promenu je saznanje da kućni ljubimci, za razliku od ostalih životinja poseduju emocionalni kapacitet. One su u stanju da ispoljavaju emocije prema ljudima, da osećaju uzbuđenje, strah, uznemirenost. Kućni ljubimci zauzimaju nezamenljivo mesto u životima njihovih vlasnika. Stoga i ne čudi što ne postoji tržište za životinje koje su već imale vlasnike. Detaljnije: K. Wilson, 183-191.

⁴⁴ Detaljnije: V. Schwartz, E. Laird, 241-242.

imali dovoljno pokazatelja tržišne vrednosti životinje dosetili su se i dosudili naknadu prema "stvarnoj vrednosti (eng. *actual value*) životinje" za vlasnika. Tako su ovim pojmom obuhvaćeni sledeći elementi naknade: troškovi zamene životinje, tj. nabavke nove životinje, troškovi imunizacije, troškovi kastracije, troškovi treniranja. Ali, ni jedan od sudova koji je prihvatio vrednovanje naknade prema stvarnoj vrednosti psa za vlasnika nije dozvolio da se u naknadu uračuna i "sentimentalna vrednost" životinje, tj. emotivni gubitak za vlasnika.

Ključna prednost ovog pristupa u odnosu na tradicionalni sastoji se u tome što sudovi uzimaju u obzir pored tržišnih parametara (kupoprodajne cene ljubimca, novca koji je potrošen tokom njegovog života, troškova treninga, gubitka budućih prihoda) i druge okolnosti koje nemaju materijalnu protivvrednost. Drugim rečima, standard stvarne vrednosti životinje za vlasnika omogućio je sudovima da priznaju da životinja ima vrednost i izvan pravila tržišne vrednosti.⁴⁵ Sudovi su sada mogli da u stvarnu vrednost životinje uračunaju i *sentimentalnu vrednost* koju ona predstavlja za vlasnika, odnosno da vrednuju stepen gubitka sa kojim se on suočava. Ali to još nije značilo priznanje prava vlasnika povređene životinje na naknadu štete zbog nanošenja duševnog bola.

Ovaj pristup je najpre iskorišćen u pogledu životinja koje nemaju tržišnu vrednost ili gde tržišna vrednost nije jedini indikator njene vrednosti. Na vrednost životinje evidentno utiče kvalitet odnosa sa vlasnikom. Stoga je opravdano preći granicu i odmeriti naknadu koja bi prelazila tržišnu vrednost, odnosno koja nije povezana samo sa tržišnom vrednošću. Kod ovakvog određivanja naknade uočava se pravilo po kome vrednost životinje raste sa godinama. To je logično, jer ukoliko više vremena je kućni ljubimac proveo u nečijem domu utoliko više znači članovima tog domaćinstva. Tako su neki sudovi uračunali i gubitak prijateljstva kao element naknade prilikom gubitka kućnog ljubimca.⁴⁶

Čak i sudovi koji su u presudama priznali posebnu vezu između vlasnika i životinje, nisu pokazali razumevanje za duševni bol koji je vlasnik pretrpeo usled povrede ili stradanja životinje. Odbijanje sudova da priznaju pravo na naknadu duševnog bola izraz je straha da bi njihova presuda mogla dovesti do eksplozije parničenja ili čak (!) do pojave novih zahteva za naknadu štete usled pretrpljenog duševnog bola zbog gubitka, oštećenja ili propasti drugih imovinskih vrednosti.⁴⁷

⁴⁵ L. Sirois, 1215-1216.

⁴⁶ Detaljnije: W. Root, 428-429.

⁴⁷ Otvaranje mogućnost neograničene isplate naknada namaterijalne štete moglo bi da ohrabri advokate oštećenih lica da postavljaju astronomske odštetne zahteve, što bi vodilo daljoj eksploziji parničenja i svim negativnim posledicama koje ono inače povlači. Vid. W. Root, 432.

*Alternativni pristup naknadi štete u slučaju smrti ili povrede ljubimca:
naknada nematerijalne štete*

Već je navedeno da je bogata američka praksa u pitanju obeštećenja vlasnika za slučaj prouzrokovanja smrti ili povrede kućnog ljubimca imala različite pristupe. Oni su osim tradicionalnog pristupa koji vlasniku kućnog ljubimca koji omogućava naknadu materijalne štete, i to u visini tržišne vrednosti ljubimca, u nekim slučajevima priznavali i pravo na naknadu tzv. stvarne vrednosti ljubimca za vlasnika, što je najčešće bilo više od njegove tržišne vrednosti. No, specifičnost ove prakse leži u onim slučajevima koji su dozvolili da u slučaju povrede ili smrti kućnog ljubimca vlasniku pripada i naknada štete usled duševnog bola, ukoliko vlasnik uspe da dokaže odgovornost drugog lica za nanošenje takvog bola usled namere ili grube nepažnje.⁴⁸ Takođe je u američkoj praksi bilo i slučajeva dosuđenja posebne kaznene naknade, o čemu će biti reči nešto kasnije. Na ovom mestu vredi razmotriti mogućnost naknade neimovinske štete vlasniku za pretrpljeni bol i strah.

(Ne)mogućnost naknade nematerijalne štete u domaćem pravu. – Iako je nesporo da smrt ili povreda životinje daje njenom vlasniku pravo na naknadu imovinske štete, postavlja se pitanje da li usled povrede ili smrti životinje vlasniku pripada i naknada nematerijalne štete, usled njegovog pretrpljenog bola i straha. Domaće pravo poznaje naknadu materijalne štete u slučaju povrede ili smrti životinje – kućnog ljubimca, ali ne dozvoljava naknadu nematerijalne štete. Vredi ponoviti da i u domaćem pravu ne treba zanemariti mogućnost naknade materijalne štete koja u obzir uzima naknadu vrednosti određenu subjektivno, kroz afektivnu vrednost koju je stvar imala za vlasnika, o čemu je već ranije bilo reči. Van takve mogućnosti, koja se i dalje kreće u okvirima materijalne štete, određivanje nematerijalne štete prema našem pozitivnom pravu nije dozvoljeno kada je u pitanju gubitak ili povreda životinje za njegovog vlasnika.

To je izričit stav koji je sudska praksa prihvatila u odnosu na sve “stvari”, bez obzira na činjenicu koliki su one značaj imale za vlasnika, i da li je sa njom postojao poseban emotivni odnos.⁴⁹ Osnovni argument domaći sudovi nalaze u či-

⁴⁸ Vlasnik može da pruži dokaze kojima se nedvosmisleno ukazuje na materijalnu vrednost životinje (pedigre, kupoprodajna cena, posebna osposobljenost, treniranje, kao i godine i opšte zdravstveno stanje), ali i one kojima se dokazuje stepen i kvalitet njegovog emocionalnog odnosa sa životinjom (u te svrhe se mogu koristiti i svedočenja lica upoznatih sa ulogom koju je životinja imala u životu vlasnika, te gubitkom koji trpi usled njene smrti ili povrede).

⁴⁹ Stav je potvrđen kako u presudama koje su razmatrale samo mogućnost naknade materijalne štete za vlasnika životinje, tako i u onima gde se za imovinu koja je bila od posebnog značaja za vlasnika nije prihvatila naknada nematerijalne štete. Vid. već citirane presude Okružnog suda u

njenici da domaće pravo ne poznaje ovaj vid nematerijalne štete. To proizlazi iz slučajeveva u kojima je dozvoljena naknada nematerijalne štete, koja uključuje pretrpljene duševne bolove zbog smrti bliskog lica (podvukli autori), kao i pretrpljeni strah.⁵⁰

To proizlazi i iz cilja koji ima nematerijalna šteta.⁵¹ Naša sudska praksa podrazumeva da "osnovna karakteristika nematerijalne štete ... po prirodi nije reparacija, već *satisfakcija*".⁵² I u teoriji autori ističu da se moralna šteta ne može nadoknaditi, već se povodom nje plaća zadovoljenje ili satisfakcija.⁵³ Međutim, naknada nematerijalne štete ne samo da povređenom licu daje (često) novčano zadovoljenje jer su povređena njegova nematerijalna dobra i time "olakšava njegovu moralnu povredu", već takođe ima i druge svrhe.⁵⁴ Tako se smatra da je svrha nematerijalne štete i to da štetnik snosi negativne posledice usled svog postupka.⁵⁵ Dakle, njena svrha nije samo kompenzatorna, već i kaznena. Ona, stoga ima važnu ulogu privatne kazne.⁵⁶ Prvenstvena svrha satisfakcije naknade neimovinske štete sužava krug imalaca prava na njenu naknadu, za razliku od preventivne, deklarativne i kaznene funkcije, kojom se krug tih lica širi.⁵⁷

Valjevu, jednu iz 2005. a drugu iz 2006. godine; kao i Presudu Apelacionog suda u Novom Sadu od 2011. godine.

⁵⁰ Vid. posebno čl. 200-201 ZOO.

⁵¹ Iako je cilj naknade štete u rimskom pravu viđen kao kazna za štetnika, a zadovoljenje oštećenom, koje u sebi sadrži pravo na osvetu za oštećenog, moderno pravo izmenjeno gleda na cilj naknade nematerijalne štete. Vid. Dragoljub Stojanović, "Istorijski razvoj i ciljevi građansko-pravne odgovornosti za prouzrokovanu štetu", *Pravni život* 9-10/1992, 1180.

⁵² Zaključak Savetovanja građanskih i građansko-privrednih odeljenja Saveznog suda, vrhovnih sudova republika i autonomnih pokrajina i Vrhovnog vojnog suda od 15. i 16. oktobra 1986. godine "O mogućnosti kumulativnog izricanja više sankcija za istu nematerijalnu štetu", navedeno prema: Vlada Republike Srbije, Komisija za izradu Građanskog zakonika, *Rad na izradi Građanskog zakonika Republike Srbije: Izveštaj komisije sa otvorenim pitanjima*, Beograd novembar 2007, 181, dostupno na adresi: <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik/>, 1.12.2015.

⁵³ Andrija Gams, Ljiljana Đurović, *Uvod u građansko pravo: Opšti deo*, Naučna knjiga, Beograd 1981, 304.

⁵⁴ Prilično je rasprostranjeno u sudskoj praksi ono mišljenje koje svrhu novčane naknade vidi kao način kojim se "oštećenom omoguć(ava) pribavljanje drugih dobara i ugodnosti koje mu omogućavaju da lakše podnese duševnu krizu prouzrokovanu štetnom radnjom". Vid. Milovan Dedijer, "Nenovčana i novčana naknada nematerijalne štete", *Pravni život* 9-10/1992, 1477. Slično o svrsi nematerijalne štete vid. i Marija Toroman, "Naknada za pretrpljene bolove u jugoslovenskom pravu", *Analiz Pravnog fakulteta u Beogradu* 1-4/1983, 708-709.

⁵⁵ A. Gams, Lj. Đurović, 156; V. Vodinelić, 507.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*, 509.

O razlozima koji bi opravdali naknadu nematerijalne štete. – Domaći sudovi i teorija isključuju mogućnost naknade neimovinske štete za povredu ili smrt životinje i podvlače da ona nije predviđena u domaćem pravu, niti odgovara cilju satisfakcije koju ona prvenstveno ima. Ipak, nesporno je da preventivna funkcija može da bude važan cilj građanskopravne odgovornosti za štetu, iako je u tom smislu efikasnija uloga drugih vrsta odgovornosti, pre svega krivičnopravne i upravnopravne.⁵⁸ Upravo i razvoj svesti o potrebi drugačijeg tretmana životinja do “običnih stvari” i kreće u različitim pravnim reakcijama kaznenog prava.⁵⁹ Viđeno kroz prizmu tretmana životinja, mogućnost da njen vlasnik dobije naknadu ne samo materijalne štete, kojim je uspostavljeno njegovo pređašnje imovinsko stanje, već i da bude “zadovoljen” dodatnom naknadom koja je u obzir uzela njegovu povredu ili usmrćenu životinju odgovara potrebi savremenog tretmana životinja, sa jedne strane, i objektivizaciji nematerijalne štete, sa druge strane, kroz zaštitu životinja kao osobenih subjekata prava i osobenog pravnog interesa koji se u vezi njih štiti. Najzad, lice koje je prema životinji postupilo grubo, svesno je povređujući ili joj oduzimajući život vredni kazniti ne samo mehanizmima kaznenog, već i građanskog prava, koliko god prvi mehanizam može da bude, i najčešće jeste efikasniji u svojoj preventivnoj funkciji.

Važan argument u prilog mogućoj naknadi nematerijalne štete vlasniku usmrćene ili povređene životinje predstavlja ono shvatanje po kome i životinje imaju određena *lična prava*, poput prava na ime, život, zdravlje i psihički i fizički integritet.⁶⁰ Zbog toga nije nezamislivo da vlasniku životinje pripada pravo na naknadu neimovinske štete usled povrede određenih interesa životinje, definisanih kroz koncept njene dobrobiti. Naročito objektivizacija neimovinske štete otvara mogućnost njene naknade, iako je ona moguća i u subjektivnom konceptu u kome je težište stavljeno ne na povredu ličnog prava (pravno zaštićenog interesa) kao takvog, već subjektivnih posledica koje su iz toga usledile.

Najzad, korisno je ukazati i na argumente onih koji su protiv priznanja prava na naknadu nematerijalne štete vlasniku povređene ili stradale životinje. Prvo, protivnici naknade nematerijalne štete smatraju da se njenim priznanjem izigrava svrha instituta naknade štete. Oni polaze od stava da životinje predstavljaju deo imovine vlasnika i da ne postoji opravdanje da se za njihov gubitak isplaćuje naknada nematerijalne štete. Time se, po njihovom mišljenju, izigrava svrha instituta naknade štete. Umesto obeštećujeg karaktera, naknada štete dobija kazneni i odvrćajući karakter. To, in ultima linea, naročito u američkom pravu čini nedo-

⁵⁸ Vid. D. Stojanović, 1190.

⁵⁹ V. Vodinelić, 411.

⁶⁰ *Ibid.*, 416.

voljno jasnim odnos naknade štete i instituta kaznene naknade (specifične za anglosaksonsko pravo) i unosi korenite promene u sistem odštetnog prava. Drugo, nejasan odnos između dva suštinski različita instituta stvara mogućnost za advokate da manipulišu sistemom koristeći zlonamerne ili nemarne postupke štetnika i zahtevajući povećanje nematerijalne štete. Treće, odsustvo kriterijuma koji se odnose na tačan krug lica koja imaju pravo na naknadu nematerijalne štete, kao i situacija koje daju ovo pravo, pogodovaće stvaranju nekonzistentne prakse. Nije isključeno da se u istim ili bar sličnim situacijama pojedincima ne priznaju iste mogućnosti obeštećenja. Sve to zajedno može dovesti do narušavanja pravne sigurnosti.⁶¹ Najzad, povodom kruga lica koja imaju pravo na naknadu štete vredi istaći argument koji naročito važi i za domaće pravo, a tiče se vrlo ograničenog kruga lica kome se priznaje naknada nematerijalne štete kada je u pitanju gubitak bliske osobe. Time bi odnos između inače bliskih rođaka, kojima je onemogućeno pravo na naknadu nematerijalne štete (poput braće i sestara ili drugih pobočnih srodnika, naročito kada nisu živeli u zajedničkom domaćinstvu) bio stavljen u lošiji položaj nego što je to odnos koji čovek ima sa životinjom (kućnim ljubimcem).

Priznanje prava na nematerijalnu štetu. – Argumenti kojima se vlasniku usmrćene ili ozleđene životinje daje pravo i na naknadu štete zbog nanošenja duševnog bola, ukoliko on dokaže da su smrt ili povreda nastale usled namerne tuženog ili bar njegove grube nepažnje u američkoj teoriji i praksi su vrlo raznovrsni.⁶² Najčešće je takvo pravo prihvaćeno ukoliko je tuženi povredio nečijeg ljubimca sa namerom, ali i uz izuzetno neprijatne, ili čak i "sramne" okolnosti prilikom povređivanja životinje.⁶³ Takve okolnosti opravdavaju stanovište da je zlonamerno postupanje, zapravo, upereno protiv vlasnika, a ne protiv životinje i da oštećeni ima pravo na naknadu štete zbog pretrpljenog duševnog bola.⁶⁴ Samo mali broj sudova je dosudio vlasniku naknadu štete zbog duševnog bola kada je zlonamerni akt bio uperen samo protiv njegove životinje, a ne i protiv njega.

Čuven je u tom pogledu slučaj *La Porte v. Associated Independents Inc* u kome je američki sud dosudio vlasniku ubijene životinje 2.000 dolara na ime naknade štete i 1.000 dolara na ime kaznene naknade zbog zlonamernog ubistva

⁶¹ Vid. V. Schwartz, E. Laird, 249-250.

⁶² U jednom slučaju vlasniku je priznato pravo na naknadu štete zbog nanošenja duševnog bola kada je greškom veterinar izgubio telo njegovog psa. Vid. M. Sadler, 289.

⁶³ *Ibid.*, 289.

⁶⁴ V. Schwartz, E. Laird, 246-247.

njegovog psa.⁶⁵ Vredi istaći da je sudija u ovom slučaju ukazao poroti da vlasnik životinje može i treba da se obešteti ne samo za vrednost svog psa, već i svoj odnos koji je sa njim imao. Drugi slučaj iz američke prakse *Campbell v. Animal Quarantine Station* dalje pomera granice u priznanju prava na naknadu nematerijalne štete.⁶⁶ Sud je, naime, priznao pravo na naknadu štete zbog duševne patnje članovima porodice čiji je pas ubijen zbog grube nepažnje. Njegova ekstenzivnost leži u činjenici da je Vrhovni sud Havaja priznao pravo na naknadu ne samo vlasniku životinje, već i članovima njegove porodice. Pritom, ova lica nisu bila prisutna kada je pas nastradao, niti su bili svedoci ponašanja koje je do toga dovelo (kao što ni sami ni jednog trenutka nisu bili u opasnosti, niti su zatražili psihijatrijsku ili drugu vrstu medicinske pomoći nakon smrti psa).⁶⁷ Agencija za prevoz životinja je istakla prigovor da članovi porodice vlasnika psa nemaju pravo na naknadu štete za duševni bol, jer nisu prisustvovali čak ni veterinarskoj intervenciji. Sud je odbacio prigovor i zauzeo stanovište da oštećeni ima pravo na naknadu štete, iako nije svedok neopreznog ponašanja koje je dovelo do štetnih posledica. Štaviše, sud je smatrao da medicinsko svedočenje može da se koristi kao indikator stepena pretrpljenog duševnog bola, a ne kao prepreka za obeštećenje.⁶⁸ Evidentno je da je ovom presudom priznato postojanje uske afekcione veze između vlasnika i životinje (u ovom slučaju psa).⁶⁹ Takav stav prenet je i na zakonsku regulativu ovog pitanja, iako je ona ostala retkost čak i u američkom pravu.

Naime, pored diskrecije suda da odluči o postojanju i obimu nematerijalne štete u slučaju povrede ili smrti životinje – kućnog ljubimca, u američkom pravu se pojavilo i nekoliko propisa koji su direktno uredili ovo pitanje. Najviše se citiraju zakoni američkih država Tenesi i Ilinois, budući da su izričito predvideli naknadu nematerijalne štete vlasniku povređene ili usmrćene životinje. Najčešće citiran Zakon države Tenesi omogućava naknadu nematerijalne štete vlasniku po-

⁶⁵ Florida Supreme Court, 163 So.2d 267 (Fla. 1964), izvor: <https://www.animallaw.info/case/laporte-v-associated-independents-inc>, (1.11.2015).

⁶⁶ Hawaii Supreme Court, 632 P.2d 1066 (Hawaii, 1981), izvor: <https://www.animallaw.info/case/campbell-v-animal-quarantine-station>, (1.11.2015).

⁶⁷ Do smrti psa je došlo u toku prevoza do privatne veterinarske bolnice. Pas, devetogodišnja ženka boksera, prevozila se sa još šest životinja u kombiju agencije registrovane za prevoz životinja. Kombi nije imao adekvatni uređaj za ventilaciju, što je dovelo do smrti životinje usled pregrevanja nakon dolaska u veterinarsku bolnicu. Detaljnije o slučaju i implikacijama vid. W. Root, 433.

⁶⁸ *Ibid.*, 434.

⁶⁹ Ali, i pored iskazanog uvažavanja emotivne zajednice između vlasnika i životinje, sud se nije usudio da psa tretira drugačije nego kao deo imovine. U tom smislu je ovaj slučaj pokazatelj prilično neuobičajenog rezona sudija: oni su u isto vreme psa smatrao delom imovine vlasnika, iako je vlasniku priznato pravo na naknadu duševnog bola. Vid. L. Sirois, 1221.

vredene ili usmrćene životinje.⁷⁰ Mogućnost naknade postoji kako u slučaju povreda ili smrti životinje pričinjenih namerno, tako i nepažnjom, uz ispunjenje dodatnih uslova; pri čemu je limitirana na najviši iznos (u visini od 5.000 američkih dolara).⁷¹ Pritom, zakon vrlo precizno definiše da se nematerijalna šteta ne odnosi na vlasnika i njegov emotivni odnos prema gubitku, za koji ne važe ograničenja u iznosu naknade, već prevashodno na sam "gubitak povodom onog stepena veze, prijateljstva, ljubavi i emocija koje se mogu razumno očekivati u odnosu sa kućnim ljubimcem". Dakle, sam zakon ne štiti vlasnika i njegov stres ili bol zbog gubitka, već životinju i odnos koji bi sa njom imao vlasnik, da nije došlo do njegovog gubitka.

Zakon takođe sadrži posebne odredbe o odmeravanju naknade za psa vođića koji je bio podvrgnut posebnoj dresuri i sadrži izuzetak koji se odnosi na zaposlene u neprofitnim ili vladinim agencijama, a koji ubiju ili povrede životinju postupajući u interesu javnog zdravlja ili dobrobiti životinje. Takođe, ovaj zakon isključuje svoju primenu na pitanje odgovornosti veterinara za štetu usled profesionalnih propusta.

Iako je ovaj propis u više navrata kritikovan kao opasan presedan, njegova primena je *rationae materiae* prilično ograničena.⁷² Prvo, ona dopušta naknadu nematerijalne štete samo u slučaju smrti ili povrede kućnog ljubimca – psa ili mačke. Naknada nematerijalne štete usled gubitka neke druge životinje ne može biti određena u skladu sa ovim odredbama. Drugo, iznos naknade je ograničen na sumu od 5.000 dolara. Treće, zakon sadrži kriterijume odmeravanja naknade, te sud može dosuditi iznos zavisno od okolnosti slučaja, što znači i niže od predviđenog maksimuma. Četvrto, propisani su izuzeci kada se odredba ne primenjuje. Posebno je ograničavajuće izuzimanje veterinara od primene ovog zakona. To jeste u interesu veterinarske profesije, ali čini znatno ograničenom mogućnost obeštećenja, priznatu vlasnicima životinja ovim zakonom.⁷³

⁷⁰ Čl. 44-17-403 (pod naslovom Liability for death of pet; damages; exemptions) Zakona Tenesija, (West's Tennessee Code Annotated, Title 44: Animals and Animal Husbandry, Chapter 17: Dogs and Cats, Part 4: Miscellaneous Provisions), dostupno na adresi: <https://www.animallaw.info/statute/tn-pet-damages-%C2%A7-44-17-403-liability-death-pet-damages-exemptions> (1.11.2015).

⁷¹ Za odgovornost u slučaju smrti ili povrede učinjene nepažnjom zahteva se da je smrt ili povreda nastupila na imanju vlasnika ili lica koje se o životinji staralo; ili dok se nalazilo pod njihovom kontrolom i brigom.

⁷² Detaljno o granicama pravila vid. M. Sadler, 293.

⁷³ Pored zakona države Tenesi (koji se najviše citira) postoji i manje pominjani propis države Illinois koji pominje pravo na naknadu neimovinske štete. Zakon države Illinois, donet dve godine posle zakona države Tenesi, u nekim pitanjima je ekstenzivniji. Ovaj zakon izričito pominje sve životinje izložene mučenju i daje pravo vlasniku i na naknadu na ime duševnog bola, čak i kada živo-

Kaznena naknada u slučaju smrti ili povrede ljubimca (punitive damages).

– Najzad, američka sudska praksa zabeležila je slučajeve u kojima su sudovi bili spremni da, osim tržišne vrednosti ljubimca i duševnog bola koji je pretrpeo vlasnik razmotre i mogućnost određivanja kaznene naknade vlasniku povređene ili usmrćene životinje (tzv. *punitive damages*). Kaznena naknada, kao specifična naknada koja postoji mahom u anglosaksonskim pravima razlikuje se od naknade materijalne i, naročito, nematerijalne štete u najvećoj meri prema cilju njenog određivanja. Za razliku od naknade štete koja se smatra da ima obeštećujući karakter, pa i karakter satisfakcije, cilj kaznene naknade je u najvećoj meri kazneno-odvraćajući.⁷⁴ Naime, kaznena naknada se izriče pre svega da bi neko lice, koje je postupalo ne samo namerno, već i naročito surovo bilo kažnjeno. U tom smislu naknada ima, dakle cilj sankcionisanja. Međutim, istovremeno sa ovim pretežnim ciljem, kaznena naknada služi i radi odvraćanja određenog lica od ponavljanja istih radnji ubuduće (jer ga preskupo koštaju). Time kaznena naknada dobija i izrazito preventivni karakter. To je razlog da iznos dosuđen na ime kaznene naknade po pravilu prelazi iznos potreban za obeštećenje oštećenog lica, i time ne ostvaruje samo cilj kompenzacije pričinjene štete. Oštećenik, naime, dobija više nego što je pretrpljena šteta. Ovakva mogućnost je rezervisana za slučajeve “kada je radnja tuženog namerna i svesna, te ima karakter sramnog akta povezanog sa zločinom”.⁷⁵

U već navedenom slučaju *La Porte v. Associated Independents Inc* američki sud dosudio je vlasniku ubijene životinje 2.000 dolara na ime naknade štete i 1.000 dolara na ime kaznene naknade zbog zlonamernog ubistva njegovog psa. Slučaj *LaPorte* je bio od velikog uticaja na pitanje naknade štete na koju ima pravo vlasnik povređene životinje. Prvo, Vrhovni sud Floride je zauzeo stav da vlasnik psa ima pravo na naknadu duševne patnje kao elementa pretrpljene štete zbog zlonamernog ubistva njegovog psa. Duševna patnja, odnosno duševni bol od ovog slučaja postaju ravnopravan element naknade na koju ima pravo vlasnik stradale životinje.⁷⁶ Ovaj presedan je otvorio put stvaranju drugačije sudske prakse, spremne da uvaži postojanje emotivne veze između vlasnika i životinje. Dru-

tinja nije ozbiljno povređena. Ovaj zakon propisuje i mogućnost izricanja kaznene naknade u iznosu od 500 do 25000 dolara. Vid. više: L. Sirois, 1213-1214.

⁷⁴ Victor E. Schwarz, Leah Lorber, “Twisting the Purpose of Pain and Suffering Award: Turning Into “Punishment”, *South Caroline Law Review* vol. 54, 47/2002, 59.

⁷⁵ M. Sadler, 290-291.

⁷⁶ Sud je smatrao “...the affection of a master for his dog is a very real thing and that the malicious destruction of the pet provides an element of damage for which the owner should recover, irrespective of the value of the animal...”. Florida Supreme Court, 163 So.2d 267 (Fla. 1964), izvor: <https://www.animallaw.info/case/laporte-v-associated-independents-inc>, (1.11.2015).

go, sud je našao da je kaznena naknada određena zbog toga što je propust tuženog bio zlonameran i što pokazuje veliki stepen ravnodušnosti prema pravima vlasnika psa. To je jako značajan deo presude. Sud rezonuje da ponašanje tuženog – koje sadrži elemente zlonamernog i okrutnog – daje pravo da se on ne samo obaveže da nadoknadi štetu koju je prouzrokovao (podrazumevajući pod tim i duševni bol!), već i da se kazni putem dodatne naknade.⁷⁷

Kada se posmatraju ovi slučajevi u odnosu na postupanje prema životinjama, oni po pravilu podrazumevaju ne samo njihovo povređivanje, već istovremeno i svojevrsno zlostavljanje ili drugi sličan postupak mučenja. Stepennamere na strani tuženog, odnosno odsustvo obzira ne samo prema životinji, već i prema interesima njenog vlasnika navodi sudove da izreknu naknadu štete sa elementima kaznenog karaktera.⁷⁸ Poenta kaznene naknade u ovom slučaju nije, dakle, da obešteti oštećenog vlasnika životinje, već da kazni onoga ko je pristupio neprihvatljivom ponašanju prema životinji (i time i njenom vlasniku).⁷⁹ Prilikom odmeravanja adekvatne naknade u slučaju kaznene naknade sudovi primenjuju sledeće kriterijume: 1) stepen *mala fide* ponašanja;⁸⁰ 2) iznos koji će ostvariti tzv. odvrćajući efekat; 3) imovinsko stanje tuženog; 4) sentimentalnu vrednost životinje i 5) stepen bola i patnje vlasnika životinje.⁸¹ Imajući u vidu okolnosti o kojima sudovi vode računa prilikom odlučivanja o kaznenoj naknadi, jasno je da je polje njihove primene vrlo limitirano i da se na njih ne može računati kao na mehanizam rešavanja problema adekvatnog obeštećenja vlasnika povređenog ili usmrćenog ljubimca.

OSIGURANJE OD ODGOVORNOSTI

Odnos prema životinjama i njihov pravni tretman, naročito u pogledu ostvarivanja odgovarajuće zaštite prava i interesa vlasnika kućnih ljubimaca u

⁷⁷ W. Root, 433.

⁷⁸ Zapravo, što je veći stepen zadiranja u prava i integritet vlasnika životinje, to su sudovi spremniji da izreknu kaznenu naknadu. Vid. K. Wilson, 180.

⁷⁹ W. Root, 430.

⁸⁰ Kod procene prvog faktora, najviše se uzima u obzir da li je izazvana materijalna šteta. Verovatnoća da je šteta materijalna kod povrede kućnih ljubimaca - koji se klasifikuju kao deo imovine - je skoro neznatna, što utiče i na kvalifikaciju stepena *mala fide* postupanja. Takođe, vodi se računa i o tome da li je štetnik postupio (samo) sa grubom nepažnjom u odnosu na zdravlje i dobrobit, ili je u pitanju namerno ugrožavanje pomenutih vrednosti. Kako je u ovakvim slučajevima neposredni predmet povređivanja, ipak, kućni ljubimac, to ni ovaj uslov nije lako ispuniti. Zapravo, najveća verovatnoća da će tuženi biti osuđen da isplati kaznenu naknadu postoji kada se radi o licu koje je više-struki povratnik, tj. koje je već osuđivano zbog povrede životinja. Detaljnije: K. Wilson, 180.

⁸¹ W. Root, 430.

velikoj meri se ogleda i u pravilima prava osiguranja. Ono je, naime, prvo sredstvo koje može da se koristi u slučaju postojanja odštetnog zahteva, bilo poravnanjem, bilo na osnovu sudske presude. Stoga je naša namera da ispitamo mogućí odgovor tržišta osiguranja na pitanje naknade nematerijalne štete pretrpljene usled smrti ili povrede kućnog ljubimca. Pritom, budući da u našem pravu još uvek nisu razvijena osiguranja kojima se pokrivaju različiti interesi vlasnika kućnih ljubimaca i da nema ni propratne prakse o ovom pitanju, oslonićemo se na uporednu praksu.

U razvijenim državama osiguranje prožima svaki segment ličnog i poslovnog života, te se stoga nužno postavlja pitanje da li se naknada štete usled smrti ili povrede životinje, bila ona samo materijalna ili/i nematerijalna, može ostvariti korišćenjem mehanizma osiguranja. Imajući u vidu da su mnogo puta povrede ili smrt životinje posledica neodgovornog ponašanja i da su oni koji se ponašaju neodgovorno često i insolventni, utoliko je veći značaj osiguranja za zaštitu prava vlasnika stradale ili povređene životinje. Analiza strane prakse pokazuje da se najveći broj odštetnih zahteva po ovom osnovu isplaćuje na osnovu polisa osiguranja od odgovornosti. U tom smislu teorija i praksa oduvek ukazuju na simbiotični odnos odštetnog prava i osiguranja od odgovornosti.⁸²

Kada je reč o namirenju vlasnika usmrćene ili povređene životinje najčešće se koriste generalna polisa osiguranja od odgovornosti vlasnika kuće ili stana i polisa osiguranja od profesionalne odgovornosti veterinara. Iako potpuna analiza njihovih odredbi znatno premaša okvire ovog rada, usredsredićemo se na one odredbe koje nam mogu poslužiti kod regulisanja odštetnog zahteva vlasnika životinje.

Generalno osiguranje od odgovornosti

Kada je reč o polisi generalnog osiguranja od odgovornosti (eng. *homeowner's coverage*), ona obično sadrži dva dela: jedan koji se odnosi na obeštećenje ugovarača osiguranja za slučaj štete u njegovoj imovini, i drugi koji se odnosi na odštetne zahteve uperene protiv njega.⁸³ Iako postoje i specijalizovani modaliteti pokrića, pravilo je da prvi deo polise ne pokriva smrt ili povredu ži-

⁸² “...(T)ort law cannot be understood if the business of insurance and the law regulating it is ignored, and insurance law cannot be understood if tort law is ignored...” Vid. David A. Fisher, Robert H. Jerry II, “Teaching Torts without Insurance: A Second Best Solution”, Saint Louis University Law Journal vol. 45, 2001, 857.

⁸³ U pitanju su tipično potrošačke polise, koje zaključuju fizička lica i kojima se pruža paket osiguravajućeg pokrića u cilju zaštite mesta stanovanja, kao i lične izloženosti odgovornosti držaoca polise.

votinje. Stoga ostaje da se ispituju mogućnosti eventualnog obeštećenja na osnovu drugog segmenta polise tj. osiguranja od odgovornosti. U tom smislu je bitno imati u vidu sledeće odredbe polise. Prvo, odredbu o tome ko je osiguranik. Osiguranik generalnog osiguranja vlasnika kuće ili stana je lice označeno u polisi kao ugovarač osiguranja, njegov srodnik koji živi u istoj kući ili stanu, kao i lica koja nisu napunila 21 godinu, a žive u istom domaćinstvu. Intencija je, dakle, da se pokriće odnosi samo na držaoca polise i članove njegove porodice. Ova odredba predstavlja prvu odredbu na koju treba obratiti pažnju, jer pravo na pokriće postoji samo ako su u pitanju radnje ili propusti osiguranika i članova njegove porodice.

Drugo, klauzula o pokrivenim štetama. Štete koje pokriva generalna polisa dele se u dve grupe: telesne povrede i štete na imovini. Pri tom je bitno obratiti pažnju na to kako su u polisi definisane ove dve kategorije šteta kako bi se znalo da li postoji pravo na pokriće u slučaju podnošenja odštetnog zahteva protiv osiguranika.

Kada se razmatra pitanje da li postoji mogućnost pokrića odgovornosti imaoca polise usled smrti ili povrede životinje, postoji nekoliko ključnih pitanja. Prvo, prema osnovnim pravilima struke osiguranja, pravo na pokriće postoji samo ako se radi o rizičnom događaju. To automatski isključuje pokriće za namerno izazvane povrede ili smrt životinje. Ako, pak, smrt ili povreda nisu izazvani namerno, može se smatrati da je nastupila šteta u smislu imovinskog gubitka, zbog čega se oštećenom može isplatiti iz osiguranja iznos na ime pravične tržišne vrednosti stradale životinje.⁸⁴ U tom smislu postoji izvestan sklad između tradicionalnog stava sudske prakse i klauzule polise generalnog osiguranja od odgovornosti. Imajući u vidu ovu usklađenost, vlasnik stradale životinje koji se zadovoljava naknadom materijalne štete u visini tržišne vrednosti životinje može da računa na osiguravajuće pokriće.

Ipak, ostaje sporno da li se iz istih sredstva može pokriti i šteta na ime duševnog bola zbog smrti životinje. Ako povreda životinje rezultira stresom jačeg intenziteta za vlasnika, neki američki sudovi su pokazali spremnost da istu kvalifikuju kao telesnu povredu vlasnika u smislu polise osiguranja od odgovornosti.⁸⁵ To *de facto* znači posredno priznanje mogućnosti obeštećenja za duševni bol usled smrti ili povrede životinje na osnovu polise osiguranja od odgovornosti. Iako to može biti značajno za vlasnika, iz ovoga ne treba izvući pogrešan zaključak. Većina američkih sudova izričito zauzima stav da se pokriće polise general-

⁸⁴ M. Sadler, 296.

⁸⁵ *Ibid.*, 296-297.

nog osiguranja od odgovornosti ne odnosi na zahteve koji proizlaze iz namernog nanošenja duševnog bola u odsustvu fizičkih manifestacija duševnog bola.⁸⁶

Opšte osiguranje od profesionalne odgovornosti

Drugi modalitet pokriva koji može poslužiti namirenju vlasnika usmrćene ili povređene životinje je opšte osiguranje od profesionalne odgovornosti (eng. *commercial general liability insurance*).⁸⁷ U pitanju je osiguranje kojim se ugovarač osiguranja štiti od zahteva proizašlih iz obavljanja određene delatnosti. Vlasnik povređene ili usmrćene životinje može da se koristi ovim pokrićem ako je povredu ili smrt njegove životinje izazvao poslovni subjekt poput npr. snabdevača hranom za životinje, salona za šišanje ili prevoznika životinje.

Osiguranje od odgovornosti veterinara

Kada su u pitanju veterinari i šteta za koju su oni odgovorni, po pravilu su takve štete pokrivene posebnom polisom osiguranja od odgovornosti veterinara (*professional liability insurance for veterinarians*). Lice čija životinja je stradala za vreme veterinarske intervencije ili je povređena imaće pravo na naknadu štete po osnovu polise osiguranja od profesionalne odgovornosti veterinara, pod uslovom da se ne radi o nekom od slučajeva isključenja odgovornosti. Takav je slučaj povrede ili smrti životinje na osnovu "namerne radnje" (a zapravo profesionalnog postupka) veterinara, pod kojim se podrazumeva bilo koji akt lečenja, vakcinacije ili pregleda životinje u toku pružanja usluga veterinara.⁸⁸ Jedno od pitanja kojim se bave svi sudovi, bez obzira da li životinje posmatraju samo kao deo imovine ili priznaju poseban emotivni odnos životinje i vlasnika, odnosi se i na stav sudske prakse u odnosu na obeštećenje vlasnika povređene životinje i moguć uticaj na veterinarsku profesiju.⁸⁹ Istina je da tretiranje životinja na drugi način, pre svega kao osobenih subjekata prava, a ne samo kao dela imovine, može imati implikacije i na profesiju veterinara.

Klasifikacija životinja kao dela imovine i isplata naknada prema tržišnoj vrednosti životinja imala je za posledicu mali potencijal odštetnih zahteva protiv veterinara, što se odrazilo na troškove osiguranja od profesionalne odgovorno-

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ Detaljno vid. *Ibid.*, 300.

⁸⁸ *Ibid.*, 305.

⁸⁹ W. Root, 441-446.

sti.⁹⁰ Mali troškovi osiguranja, opet, utiču na razumne cene veterinarskih usluga. Izuzetno, veterinari se suočavaju sa presudama o obavezi naknade štete usled duševnog bola koji su izazvali namernim ili nemarnim vršenjem veterinarskih usluga.⁹¹ Po mišljenju protivnika naknade štete usled duševnog bola, ako bi došlo do eksplozije parničenja povodom propusta veterinara (a posebno u pogledu tako spekulativnih i neopipljivih šteta poput duševne patnje), to bi dovelo do povećanja rizičnosti profesije veterinara i drugačije politike osiguravača.⁹² Iako je ovakva opasnost realna, smatramo da pravo mora da se razvija i prati kretanja u savremenom društvu. Ako je cena priznanja prava vlasnika povredene životinje na naknadu štete usled duševnog bola povećanje premija osiguranja od odgovornosti veterinara, kao i povećanje cena usluga veterinara, društvo treba da je plati. Pravo mora dublje i iskrenije da poštuje odnos čovek – životinja, a posebno emotivne komponente tog odnosa. Uostalom, povećanje cena veterinarskih usluga nije nerešiv problem. U mnogim državama se uveliko razvija životno i zdravstveno osiguranje za pse i uopšte životinje.⁹³ Vlasnici životinja danas imaju na raspolaganju osiguranje koje pokriva sve zdravstvene rizike životinja: od neočekivanih operacija do rutinskih kontrola.⁹⁴

⁹⁰ V. Schwartz, E. Laird, 229.

⁹¹ Tradicionalni pristup naknadi štete koju je pretrpeo vlasnik povredene ili stradale životinje ima za posledicu relativno zanemarljiv broj sporova zbog loše veterinarske prakse. Kada bi se vrednost životinje određivala primenom drugih kriterijuma, a ne prema tržišnoj vrednosti, postojala bi opasnost da se broj odštetnih zahteva protiv veterinara poveća.

⁹² U američkoj teoriji se ističe da su najčešće "mete" tužbi za naknadu štete usled pretrpljenog duševnog bola upravo veterinari. Kao rezultat povećane izloženosti veterinara tužbenim zahtevima, troškovi osiguranja koje zaključuju veterinari počinju da rastu. Iz ugla osiguravača stvari stoji ovako: dok su štete koje se naknađuju iz osiguravajućeg pokrića ograničene na materijalne štete, one su razumne i predvidive. Čim se i nematerijalne štete uključe u pokriće, aktuarima postaje nemoguće da proračunaju tačnu vrednost troškova postupka. To dovodi do toga da troškovi osiguranja od odgovornosti veterinara više nisu objektivno predvidivi. Kao posledica toga, osiguravači moraju da povećaju rezerve za namirenje tih zahteva. In *ultima linea*, dolazi do znatnog skoka premija osiguranja i povećanja samopridržaja osiguranika. Pored veterinara, prema mišljenju protivnika priznanja prava na naknadu nematerijalne štete, potencijalno ugroženi su i proizvođači lekova i ostalog farmaceutskog materijala za životinje. Vid. V. Schwartz, E. Laird, 260-265.

⁹³ W. Root, 445.

⁹⁴ U svetu se od početka dvadesetog veka razvilo više vrsta osiguranja sa vokacijom pružanja sigurnosti onima koji se bave uzgojem životinja. Tokom vremena postalo je jasno da industrija osiguranja mora da odgovori i potrebama lica koja drže životinje kao kućne ljubimce. U tom smislu je moguće pratiti razvoj nove grane osiguranja, tzv. *animal insurance law*. Dinamikom svog razvoja ova grana osiguranja prati razvoj odgovornosti za držanje životinja, kao i uopšte odnos pravnog sistema prema životinjama.

Što se tiče mogućnosti namirenja štete u obliku kaznene naknade na osnovu bilo kog osiguranja, mišljenja su podeljena.⁹⁵ Dok neki nemaju ništa protiv da se iz osiguranja pokrije i ova šteta (osim ako je izričito isključena iz pokrića, jer je smatraju elementom štete), drugi su kategorički protiv pokrića ovih šteta, smatrajući ih protivnim javnom poretku. Naime, budući da je kaznenog karaktera, nije u skladu sa javnim poretkom da se na osiguravača prenosi imovinske posledice takve štete.

ZAKLJUČAK

Domaće pravo daje pravo na naknadu materijalne štete vlasniku povređene ili usmrćene životinje. Imajući u vidu domaća pozitivnopravna rešenja, životinje se u građanskom pravu kategorišu kao deo imovine. U skladu sa tim, sudska praksa izričita je u pogledu isključenja naknade nematerijalne štete u ovim slučajevima. Takva kvalifikacija je, međutim, arhaična i ne reflektuje odnos savremenog društva prema životinjama.⁹⁶ Takođe, vlasnik često ne posmatra svog ljubimca kao deo lične imovine, već kao biće sa kojim ostvaruje duboku emotivnu povezanost i oplemenjuje svoj život.

Budući da sve veći broj istraživanja potvrđuje postojanje vrlo izražene emotivne veze između čoveka i životinje, koje često drže u svom domaćinstvu, ili su na drugi način sa njima povezani, teško je insistirati na tradicionalnom pristupu tretiranja životinja u građanskom pravu, između ostalog i prilikom određivanja naknade štete. Životinja je za onoga ko je drži u svom domu i sa kojom deli svoj život mnogo više od dela imovine. Ona se tretira kao član porodice, i u emotivnom i u materijalnom smislu (troškovi držanja životinje su značajna stavka u svakom porodičnom budžetu).

Stoga, moderna pravila (i građanskog prava) treba da odslikavaju društvene vrednosti i odnos društva prema životinjama. Time je jasno da cilj uvođenja moguće naknade nematerijalne štete ne treba shvatiti kao široko prihvatanje "neosnovanog obogaćenja" vlasnika životinje. Naprotiv, naknada ne mora niti treba da bude suviše visoka. Ona treba da naglasi određene vrednosti koje sve više nalaze mesta u modernom pravnom poretku u kome je čovek, dovodeći svoju okolinu i prirodu na prag uništenja, uvideo potrebu svoje društvene odgovornosti, postajući svestan da moć koju poseduje ne sme da zloupotrebi. Upravo je stoga potrebno da se, makar samo načelno – putem opšteg pravila, prizna da životinja nije "obična stvar", kao i da njena dobrobit nije samo skup obaveznih uzdržavanja od fizičkog i psihičkog zlostavljanja. Ona može da oseti ne samo bol, strah, patnju ili

⁹⁵ Vid. M. Sadler, 305 i dalje.

⁹⁶ Isto razmišljanje i u uporednom pravu vid. kod: R. Huss, 52-67.

stres, već i druge, pozitivne emocije, poput radosti usled bliskosti, topline i nežnosti koju deli sa ljudima.

Mogućnost pravne zaštite životinje kao specifičnog (*sui generis*, pasivnog subjekta ili pod nekim drugim adekvatnijim terminom definisanog) subjekta predstavlja potrebu savremenog života. Ono time daje visoko etičku komponentu svim granama prava koje takvu potrebu prepoznaju, uključujući i opšta pravila građanskog prava. Time, priznavanje primene određenih instituta građanskog prava na zaštitu životinja nema u toj meri veliki značaj ni u samoj naknadi štete, niti je efikasno u prevenciji ili sankcionisanju, ali daje širu poruku o vrednostima koje pravo štiti. Širenjem koncepta nematerijalne štete na zaštitu određenih pravno zaštićenih interesa, u kojima dobrobit predstavlja jedan od takvih interesa otvara se mogućnost da vlasnik ima pravo na naknadu ne samo materijalne štete, kojom je uspostavljeno njegovo pređašnje imovinsko stanje, već i da bude "zadovoljen" dodatnom naknadom koja je u obzir uzela i zaštila druge pravno zaštićene interese u vezi sa njegovom povređenom ili usmrćenom životinjom.

Ako se prihvati predlog i vlasnicima povređenih životinja prizna pravo na naknadu nematerijalne štete ostaju otvorena brojna pitanja, poput onog ko ima pravo da zahteva naknadu štete? Smatramo da pravo na naknadu nematerijalne štete može da ostvari ciljnu funkciju samo ako se koncipira restriktivno. U najvećem broju slučajeva ljubimac pripada porodici, zbog čega ostvaruje emotivnu zajednicu sa svim članovima porodice. Da bi se izbegli tzv. ponavljajući zahtevi i dosuđivanje ekstenzivnih naknada, teoretičari predlažu da se prizna mogućnost samo jednom članu porodice da zahteva naknadu štete, u svoje ime ili u ime porodice.⁹⁷ Takođe, вреди istaći da bi mogućnost na naknadu nematerijalne štete morala da obuhvati sve životinje koje je Zakon o dobrobiti životinja obuhvatio kao one koje mogu da osete bol, patnju, strah ili stres, a ne samo (određene) kućne ljubimce, kako to često ističe američka praksa.⁹⁸

Najzad, вреди istaći da ma koliko da su zakon ili sudska praksa progresivni u pogledu priznanja prava na naknadu štete oštećenom vlasniku životinje, oni ne mogu mnogo da učine bez odgovarajućeg oslonca na pravila osiguranja od odgovornosti. Stoga je teza rada da industrija osiguranja igra centralnu ulogu u pružanju odgovarajućeg obeštećenja vlasniku stradale životinje. U tom smislu su dragocene polise osiguranja od odgovornosti, bilo generalne, bilo one koje se odnose na tačno određenu oblast (poslovnih i drugih) rizika.

⁹⁷ L. Sirois, 1231.

⁹⁸ U američkoj teoriji je taj domašaj i dalje sužen na kućne ljubimce, pa se predlaže širenje pojma od psa ili mačke i na "druge životinje koje se čuvaju u kućnim uslovima i koje zavise od svog vlasnika". Vid. L. Sirois, 1231.

S obzirom na osetljivost materije i činjenicu da je za njeno pravno uobličavanje neophodno uzeti u obzir i određene etičke momente, mišljenja smo da će zakonsko uređenje i promenljiva sudska praksa uticati na osiguravače da određene situacije obuhvate pokrićem, pružajući tako najpovoljniju zaštitu oštećenim lica. Takođe, realno je da osiguravači iz pokrića isključe događaje koje smatraju protivnim pravilima o upravljanju rizikom i na taj način, ipak, postave limite obeštećenju oštećenih lica. Iako je za zaštitu vlasnika povređene ili stradale životinje najzgodnije da se sa zahtevom za naknadu štete obrati osiguravaču, smatramo da je korisno da industrija osiguranja poštuje javni poredak i ne odredi preširoko pokriće.

TATJANA JEVREMOVIĆ-PETROVIĆ, Ph.D.,

Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

NATAŠA PETROVIĆ-TOMIĆ, Ph.D.,

Associate Professor, Faculty of Law, University of Belgrade

COMPENSATION OF NON-MATERIAL DAMAGE IN THE CASE OF ANIMAL (PET) DEATH OR INJURY

Summary

In this paper authors analyze possibility to compensate damages to the pet owners in case of their injury or death. This problem was addressed in tort and insurance law, in order to give answer whether material and/or non-material damage can be compensated and risks insured.

General provisions of Serbian tort law as well as case law were addressed, and compared to American case law, where compensation was allowed in many cases. It is, therefore, suggested how this issue should be treated in future in the general provisions of Serbian Civil and Insurance law.

DEJSTVO PREDUGOVORA PREMA PREDNACRTU GRAĐANSKOG ZAKONIKA REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

Pojedine velike kodifikacije građanskog prava, kao što je to slučaj sa francuskom i nemačkom, uopšte ne sadrže opšte odredbe o predugovoru. Nasuprot njima, austrijska kodifikacija među prvima uređuje predugovor.¹ On je posebno uređen i u švajcarskom i poljskom pravu.² Ranije ruske građanske kodifikacije nisu poznavale predugovor. Međutim, on je dosta detaljno uređen u aktuelnoj ruskoj građanskoj kodifikaciji.³

Srpski Građanski zakonik nije sledio svoj izvor. On ne poznaje predugovor. Ali, predugovor je bio predviđen u Predosnovi Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju.⁴ Pravila o predugovoru sadrži i Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima profesora Konstantinovića.⁵

Dr Đorđe L. Nikolić, profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu. Rad je rezultat istraživanja u okviru projekta Ministarstva prosvete i nauke RS br. 179046: "Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru".

¹ § 936 austrijskog Opšteg građanskog zakonika od 1811. godine (dalje: austrijski OGZ).

² Čl. 22 švajcarskog Zakonika o obligacijama od 1911. godine (dalje: švajcarski ZO); Čl. 389-390 Građanskog zakonika NR Poljske od 1964. godine (dalje: poljski GZ).

³ Čl. 429 Građanskog zakonika Ruske Federacije od 1996. godine (dalje: GZ Ruske Federacije).

⁴ § 923 Predosnove Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Predosnova Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju, Državna štamparija Kraljevine Jugoslavije, Beograd 1934.

⁵ Čl. 29 Skice za zakonik o obligacijama i ugovorima (dalje: Skica), Mihailo Konstantinović, *Obligacije i ugovori, Skica za zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet u Beogradu, Beo-

Iz Skice su, uz značajniju izmenu, pravila o predugovoru preuzeta i u Zakon o obligacionim odnosima.⁶

Iako je u savremenom ugovornom pravu skoro opšte prihvaćen, jer u tržišnim uslovima ima značajnu praktičnu primenu,⁷ mnoga pitanja u vezi sa predugovorom ostala su, ipak, još uvek otvorena. Ona su i u bivšem jugoslovenskom pravu došla do izražaja naročito prilikom izrade ZOO. Odstupajući od rešenja koja su bila sadržana u Skici, jugoslovenski zakonodavac je, po svemu sudeći, propustio priliku da u taj zakon unese rešenja koja bi mogla da predstavljaju model koji bi sledilo i uporedno pravo.⁸ Zbog toga sve do danas mnoge dileme u vezi sa predugovorom nisu iščezle. Naprotiv, ostala su sporna pitanja o pojmu, a naročito o dejstvu predugovora. Tu konstataciju potvrđuje i publikovani Radni tekst Građanskog zakonika Republike Srbije od 29. maja 2015. godine (dalje: Prednacr),⁹ u kojem se, odsustvo jasnog i čvrstog stava u vezi sa tim pitanjima, iskazuje alternativnim rešenjima, pri čemu su tradicionalna rešenja iz austrijskog OGZ, opet dobila prevagu. Sve to upućuje na zaključak da zaista postoji potreba da se, u toku diskusije o Prednacr, još jednom preispita dejstvo predugovora.

O DEJSTVU PREDUGOVORA UOPŠTE

Osnovno dejstvo predugovora obično ne izaziva nikakve nedoumice. I predugovor, kao i svaki drugi ugovor, obavezuje strane koje su ga zaključile da ispunе ono na šta su se obavezale. Ipak, predugovor se razlikuje od svih drugih ugovora po tome što se njime preuzima jedna osobena obaveza. To je obaveza jedne ili obeju strana da zaključe glavni ugovor.¹⁰ Predugovor, dakle, stvara za jednog ili za oba ugovornika pravnu obavezu da zaključe glavni ugovor,¹¹ odnosno da izja-

grad 1969.

⁶ Čl. 45 Zakona o obligacionim odnosima (dalje: ZOO) ("Službeni list SFRJ", br. 29, 39/85, 45/89, 59/89; "Službeni list SRJ", br. 31/93).

⁷ О.Н. Садиков, Глава 31, у: О.Н. Садиков (Ответственный редактор), Гражданское право России. Общая часть: Курс лекций, Юристъ 2001, 331.

⁸ Miodrag Orlić, Predugovor u jugoslovenskom pravu (U traganju za izgubljenom prilikom), Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, br. XXXIV, 1986, Sarajevo 1987, 144.

⁹ Radni tekst je pripremila Komisija za izradu Građanskog zakonika Vlade Republike Srbije.

¹⁰ Terminologija kojim se označavaju ovi ugovori veoma je neujednačena. Najčešće se upotrebljava izraz predugovor (*avant contrat*, *Vorvertrag*), ali se kaže i prethodni ili preliminarni ugovor (*contrat preliminaire*), zatim pripremni ugovor, preparatorni ugovor, a vrlo retko obećanje prodaje (*promesse de vente*). Drugi ugovor, čije zaključenje predstavlja ispunjenje predugovora naziva se ili glavni ugovor (*contrat principal*) ili konačni ugovor (*contrat definitif*).

¹¹ Jakov Radišić, Obligaciono pravo, Opšti deo, Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu, Niš 2014, 136; Boris Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, knji-

ve volju i zajedno sa drugom stranom učestvuju u zaključenju takvog ugovora. U tome je i njegova jedina svrha i dejstvo.¹² On ne ovlašćuje, odnosno ne obavezuje na bilo šta mimo toga.¹³

Iz predugovora, dakle, ne nastaje obaveza na ispunjenje neke određene činidbe,¹⁴ jer svaka druga činidba (npr. predaja stvari, plaćanje cene) pretpostavlja postojanje konačnog ugovora određenog tipa.¹⁵ S obzirom na to, ako strana koja se na to obavezala predugovorom, neće da zaključi glavni ugovor, onda strana koja je verna predugovoru, ne može zahtevati ispunjenje obaveze druge strane iz glavnog ugovora, već samo ispunjenje obaveze iz predugovora, tj. samo zaključenje glavnog ugovora.¹⁶ U tom smislu se i u sudskim odlukama izričito navodi da “na osnovu zaključenog predugovora ne može da se utvrđuje pravo svojine na nepokretnosti”,¹⁷ odnosno da “predugovor o kupoprodaji nepokretnosti ne predstavlja podoban pravni osnov za promenu korisnika zemljišta u katastarskom operatu”.¹⁸

U tom pogledu, nije ništa sporno ni u vezi sa dejstvom predugovora. On stvara obavezu za jednu ili za obe strane da zaključe glavni ugovor.¹⁹ U najvećem broju slučajeva strane, u skladu sa predugovorom, zaključuju glavni ugovor. Time se predugovor ispunjenjem gasi, što je, inače, u skladu sa njegovom pripremnom

ga 1, Zagreb 1978, 207; Mladen Draškić, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I, (glav. red. Slobodan Perović), Savremena administracija, Beograd 1995, 108; Stevan Jakšić, Obligaciono pravo, Ošti dio, Veselin Masleša, Sarajevo 1962, 121; Orlić (1987), 150.

¹² J. Radišić, 136; Živomir Đorđević, Vladan Stanković, Obligaciono pravo, Opšti deo, Savremena administracija, Beograd 1980, 153.

¹³ J. Radišić, 136.

¹⁴ S. Jakšić, 120; B. Vizner, 207; Mladen Kosovac, Predugovori za sklapanje ugovora u priredi, Pravni informator, 4/2000, 61; Milenko Ubavić, Predugovor, Izbor sudske prakse, 4/2000, 14.

¹⁵ J. Radišić, 136; Mihajlo Vuković, Obvezno pravo, knjiga II, Školska knjiga, Zagreb 1964, 318: “Time što preliminarni ugovor obavezuje na zaključenje konačnog ugovora razlikuje se on od ostalih ugovora koji obavezuju na činidbu.”

¹⁶ S. Jakšić, 121; B. Vizner, 207; M. Orlić (1987), 150.

¹⁷ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 3805/92 od 20.10.1992. godine, navedeno prema: Đorđe Nikolić, Praktikum za obligaciono pravo, Beograd 2001, 24.

¹⁸ Presuda Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4348/97 od 8.10.1997. godine, kao i Presuda Vrhovnog suda Srbije, U-3555/2000 od 21.03.2001. godine, navedene prema: Gordana Ajnšpiler-Popović, Predugovor u sudskoj praksi (stručni komentar), Pravni instruktor, 2012/21, stručni komentar iz pravne baze Paragraf Lex.

¹⁹ Predugovor kojim se obavezuje samo jedna strana naziva se jednostrano obaveznim, a predugovor kojim se obavezuju obe strane ugovornice naziva se dvostrano obaveznim predugovorom.

(preliminarnom) ulogom.²⁰ Iz takve njegove uloge, takođe, nedvosmisleno proizlazi da se predugovor i glavni ugovor međusobno isključuju. Oni ne mogu da postoje i proizvode pravna dejstva u isto vreme.²¹ Naime, najpre nastaje predugovor, koji se, njegovim ispunjenjem, tj. zaključenjem glavnog ugovora, gasi.

Problem dejstva predugovora se, međutim, "otvara" u slučaju kad strana koja se na to obavezala ne želi da zaključi glavni ugovor. Taj problem nastaje zbog toga što se predugovorom obećana činidba sastoji u izjavi volje koja je neophodna za zaključenje glavnog ugovora. Takva izjava volje se ne može iznuditi direktno,²² jer sud ne može prinuditi tuženog na davanje izjave volje.²³ Sud jedino može da naloži ovakvom ugovorniku da pristupi zaključenju konačnog ugovora.²⁴ U tom slučaju, s obzirom na osobenu obavezu koja se preuzima predugovorom, strani koja je verna predugovoru priznaju se posebna prava. Ona su uslovljena kako različitim shvatanjem samog pojma predugovora, tako i njegovom pravnom prirodom, tj. ulogom pripremnog (preliminarnog) ugovora, koji ima samo privremeni (provizorni) karakter.

U pravnim sistemima koji usvajaju uži pojam predugovora, tj. predugovor koji pretpostavlja saglasnost o svim bitnim elementima glavnog ugovora, strana verna predugovoru može, po svom izboru, zahtevati zaključenje ugovora ili naknadu štete, pod istim uslovima pod kojima se može dobiti naknada štete u slučaju neizvršenje ugovora.²⁵ To znači da se, u slučaju predugovora u užem smislu, obaveza zaključenja glavnog ugovora smatra kao jedna potpuna pravna obaveza,²⁶ koja se može sudskim putem ostvariti, tj. da tužbeni zahtev iz predugovora može biti upravljen i na zaključenje ugovora.²⁷ Nasuprot tome, s obzirom da predugo-

²⁰ S. Jakšić, 120; Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Knjiga prva, Privredna štampa, Beograd 1980, 235; Jožef Salma, *Predugovor* (Teze za raspravu), Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 6/1986, 22; M. Kosovac, 61; M. Ubavić, 14.

²¹ M. Vuković, 319: "Između preliminarne i konačnog ugovora nema koegzistencije, naime oni u isto vrijeme ne nastaju, kao što u isto vrijeme i ne prestaju. Kad je nastao preliminarni ugovor, konačnog još nema; a kad je nastao konačni ugovor, preliminarni je već prestao postojati; S. Perović (1980), 235; J. Radišić, 136; B. Vizner, 209; M. Orlić (1987), 148; Olga Jelčić, *Odnos između predugovora i ugovora o opciji*, Zakon o obligacionim odnosima, 1978-1988, Knjiga o desetogodišnjici, *Pravni život*, Tom I, Beograd 1988, 158; Goran Georgijević, *Predugovor – Osnovna obeležja, opravdanost i značaj*, *Pravni život*, 10/2004, 588; Vladimir Tamaš, *Izvršenje ugovora o prometu nepokretnosti*, Glasnik Advokatske komore Vojvodine, 6/2004, 226.

²² M. Orlić (1987), 150.

²³ J. Radišić, 137.

²⁴ M. Orlić (1987), 150.

²⁵ Lazar Marković, *Obligaciono pravo*, NIU Službeni list SRJ, Beograd 1997, 196.

²⁶ *Ibid.*, 195.

²⁷ *Ibid.*

vor u širem smislu ne sadrži sve bitne elemente glavnog ugovora, već samo one koji ga čine odredivim u jednom širem smislu, ne može se strani koja je verna takvom predugovoru priznati pravo da traži zaključenje glavnog ugovora, jer bi prisnuda na izvršenje takvog predugovora bila nemoguća, niti bi se mogla dati pravna zaštita za nešto što je neodređeno, nejasno ili nepotpuno.²⁸ U tom slučaju ovlašćenoj strani se priznaje samo pravo na naknadu štete koju trpi zbog toga što druga strana, bez opravdanog razloga, nije nastavila pregovore, odnosno nije zaključila glavni ugovor.

Na dejstvo predugovora značajan uticaj ima i to što on ima ne samo pripremni, već i privremeni karakter.²⁹ Predugovor traje samo relativno kratko vreme, tj. samo dok se, na osnovu njega, odnosno njegovim ispunjenjem, ne zaključi glavni ugovor. Taj rok je jednim delom u dispoziciji ugovornih strana, koje svojom voljom određuju rok za zaključenje glavnog ugovora. On je, po jednom mišljenju, bitan element predugovora, tako da predugovor punovažno nastaje samo ako su strane odredile i rok za njegovo zaključenje,³⁰ što pojedini zakonici i izričito propisuju.³¹ Drugi autori, oslanjajući se na odredbe ZOO,³² zaključuju da rok za zaključenje glavnog ugovora nije bitan element predugovora,³³ tako da predugovor punovažno nastaje i kad se ugovornici ne saglase o roku za zaključenje glavnog ugovora. U tom smislu je i GZ Ruske Federacije nedvosmislen, jer propisuje da se, ukoliko predugovorom nije određen rok u kojem se strane obavezuju da zaključe glavni ugovor, njegovo zaključenje može zahtevati u roku od jedne godine od trenutka zaključenja prethodnog ugovora.³⁴ U prilog takvom stavu ide i okolnost da se dejstvo predugovora zakonskim propisima redovno vremenski ograničava.³⁵ To je, uostalom, i sasvim logično, pošto se zaključenje glavnog ugo-

²⁸ *Ibid.*

²⁹ S. Jakšić, 121; J. Radišić, 136; B. Vizner, 209; M. Orlić (1987), 148; O. Jelčić, 158, 167 i 169; G. Georgijević, 588.

³⁰ L. Marković, 195; S. Jakšić, 121; Ž. Đorđević-V. Stanković, 153; B. Vizner, 207; M. Kosovac, 61.

³¹ V. § 936 austrijskog OGZ, kao i čl. 389 poljskog GZ.

³² Čl. 45, st. 5 ZOO: "Zaključenje glavnog ugovora može se zahtevati u roku od šest meseci od isteka roka predviđenog za njegovo zaključenje, a ako taj rok nije predviđen, onda od dana kad je prema prirodi posla i okolnostima ugovor trebalo da bide zaključen".

³³ S. Perović (1980), 236; J. Radišić, 137; M. Draškić, 108; O. Jelčić, 160; Milan Subić, Predugovor u sudskoj praksi, *Pravni život*, 9-10/1993, 912; M. Ubavić, 15.

³⁴ Čl. 429, str. 4 GZ Ruske Federacije.

³⁵ Izvršenje predugovora može se tražiti "najdalje za godinu dana po ugovorenom roku" (§ 936. austrijskog OGZ, kao i čl. 390. § 3. poljskog GZ), do isteka roka predviđenog za zaključenje prethodnog ugovora, a ako takav rok u prethodnom ugovoru nije određen, u roku od jedne godi-

vora ne može neograničeno odlagati,³⁶ kao što i neizvesnost koja postoji u vezi sa zaključenjem glavnog ugovora ne može dugo trajati. Zbog toga se u većini pravnih sistema propisuje da se prava iz predugovora mogu ostvarivati samo u relativno kratkim rokovima, koji se kvalifikuju kao rok trajanja predugovora,³⁷ ili kao prekluzivni rok,³⁸ ili kao rok zastarelosti.³⁹

POVREDA PREDUGOVORA U UPOREDNOM PRAVU

Strani koja je verna predugovoru, pojedini građanski zakoni priznaju pravo da zahteva zaključenje glavnog ugovora. To je, najpre, slučaj sa austrijskim OGZ koji propisuje da se može tražiti izvršenje obećanja da će se ugovor tek zaključiti.⁴⁰ Takvo rešenje u skladu je sa opredeljenjem da predugovor mora da saдрži sve bitne elemente konačnog ugovora, što omogućuje njegovu izvršivost.⁴¹

Nemački Građanski zakonik ne sadrži odredbe o predugovoru, ali pretežan deo nemačke pravne teorije, polazeći od načela slobode ugovaranja, dopušta mogućnost zaključivanja predugovora.⁴² Iz njega, za oba učesnika ili samo za jednog, proizlazi obaveza zaključenja ugovora, koja počiva na ugovornoj osnovi. Ukoliko je sadržina glavnog ugovora tačno označena,⁴³ predugovor punovažno nastaje, tako da strana koja je verna predugovoru može, ako druga strana odbije zaključ-

ne od trenutka zaključenja prethodnog ugovora (čl. 429, st. 4 GZ Ruske Federacije), odnosno u roku od šest meseci od isteka roka predviđenog za zaključenje glavnog ugovora, a ako taj rok nije predviđen, onda od dana kada je prema prirodi posla ili okolnostima ugovor trebalo da bude zaključen (čl. 45, st. 5 ZOO).

³⁶ S. Jakšić, 121, u tom smislu, smatra da ograničenje dejstva predugovora na relativno kratak rok "ima cilj da privremeni odnos stvoren predugovorom ne bi predugo trajao, a time i neizvesnost kontraheata predugovora". U tom smislu i: S. Perović (1980), 237.

³⁷ L. Marković, 196, smatra da se predugovor "gasi", tj. gubi pravnu vrednost i obe stranke su slobodne, ako se u određenom roku ne zahteva ni zaključenje glavnog ugovora, ni naknada štete.

³⁸ S. Jakšić, 121; Bogdan Loza, *Obligaciono pravo*, Opšti dio, Službeni glasnik, Beograd 2000, 118; M. Draškić, 109; M. Subić, 912; M. Ubavić, 16.

³⁹ Čl. 390, § 3 poljskog GZ.

⁴⁰ § 936 austrijskog OGZ.

⁴¹ Uz to, treba imati u vidu da je predugovor u austrijskom OGZ predviđen u vezi sa zaključenjem realnih ugovora. Kod takvih ugovora obećanje posluge, ostave, zajma i zaloge su samo predugovori koji sadrže sve bitne elemente navedenih ugovora. Ispunjenje obaveze iz tih predugovora, koje se sastoji u predaji stvari, izvršivo je i protiv dužnikove volje. Takva koncepcija predugovora zadržala se u austrijskom OGZ i kasnije kada se predugovor proširio i izvan domena realnih ugovora, s tim da se izvršenje obećanja da će se tek ugovor zaključiti "mora tražiti najdalje za godinu dana po ugovorenom roku, u protivnom slučaju pravo prestaje" (§ 936 austrijskog OGZ).

⁴² Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I. Band: Allgemeiner Teil, Munchen 1976, str. 77.

⁴³ *Ibid.*, 78.

nje glavnog ugovora, tužiti radi njegovog zaključenja, odnosno radi potrebne saglasne izjave druge strane.⁴⁴ Posle pravosnažnosti sudske odluke uzima se da je izjava data, tako da kroz fingiranu saglasnost nastaje glavni ugovor,⁴⁵ što nemački Zakonik o građanskom sudskom postupku i izričito propisuje (§ 894).⁴⁶ S druge strane, navodi se i stav nemačkog Vrhovnog suda da je ništav predugovor ugovora o kupovini zemljišne parcele kod kojeg cena nije određena, niti je određiva, jer se ne može ostvariti,⁴⁷ što ukazuje na opredeljenje nemačkog prava za uži pojam predugovora.

Poljski GZ sledio je, samo donekle, rešenja iz austrijskog OGZ, jer se opredelio i za veoma značajna odstupanja. Naime, iako usvaja uži pojam predugovora, poljski GZ predviđa da je osnovno pravo strane koja je verna predugovoru pravo na naknadu štete.⁴⁸ To pravo je istovremeno i opšteg karaktera, jer se primenjuje kako na predugovor koji ispunjava zahteve u pogledu punovažnosti predviđenog ugovora i njegove forme (predugovor u užem smislu), tako i na predugovor koji ne ispunjava te zahteve (predugovor u širem smislu). S druge strane, pravo da zahteva zaključenje glavnog ugovora rezerviše se samo za slučaj kad predugovor zadovoljava zahteve u pogledu punovažnosti predviđenog ugovora i u pogledu njegove forme.⁴⁹ Prema tome, poljski GZ izričito predviđa uži, ali se u njegovim odredbama o predugovoru implicira i širi pojam predugovora. Uz to, pravo na naknadu štete je osnovno i opšte, dok se pravo na zahtev da se glavni ugovor zaključi predviđa kao alternativa samo kod predugovora koji zadovoljava zahteve u pogledu punovažnosti glavnog ugovora i u pogledu forme. Ukoliko sud usvoji takav zahtev, uzima se da je izjava data, tako da kroz fingiranu saglasnost nastaje glavni ugovor.

I GZ Ruske Federacije usvaja uži pojam prethodnog ugovora, jer se za njegov nastanak zahteva da sadrži odredbe koje omogućavaju da se odredi predmet, a takođe i drugi njegovi bitni uslovi.⁵⁰ Za slučaj kad strana koja je zaključila prethodni odbija da zaključi glavni ugovor, primenjuje odredba iz st. 4, člana 445 GZ.⁵¹ Prema toj odredbi, ukoliko strana, za koju je u skladu sa Zakonikom

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ K. Larenz, 78; L. Marković, 195, navodi, u tom smislu, da "ugovor važi kao zaključen, čim je presuda postala pravosnažnom".

⁴⁶ K. Larenz, 78; L. Marković, 195.

⁴⁷ K. Larenz, 78.

⁴⁸ Čl. 390, § 1 poljskog GZ.

⁴⁹ Čl. 390, § 2 poljskog GZ.

⁵⁰ Čl. 429, st. 3 GZ Ruske Federacije.

⁵¹ Čl. 429, st. 5 GZ Ruske Federacije.

ili drugim propisima zaključenje ugovora obavezno, odbija da ga zaključi, druga strana može zahtevati od suda da joj naloži zaključenje ugovora. U drugoj rečenici iste odredbe se propisuje da je strana, koja neosnovano odbija da zaključi ugovor, dužna da nadoknadi drugoj strani time pričinjenu štetu.⁵² Kao što se vidi, navedeni zahtevi slični su onima iz poljskog Građanskog zakonika, s tim što oni u GZ Ruske Federacije nisu jasno i nedvosmisleno opredeljeni, što izaziva izvesne nedoumice. S tim u vezi, teško je pretpostaviti da je ruski zakonodavac prevideo razliku između predugovora u užem i predugovora u širem smislu. Mnogo je verovatnija pretpostavka da je on, po ugledu na jugoslovenski ZOO, odbacio pojam predugovora u širem smislu, tako da se oba navedena zahteva odnose na predugovor u užem smislu. Pri tome, iako na prvi pogled izgleda da su to dva posebna zahteva, koja ovlašćeno lice ostvaruje po svom nahodanju, čini se, ipak, da primaran karakter ima zahtev ovlašćene strane sudu da drugoj strani naloži zaključenje ugovora. O dejstvu sudske odluke kojom se jednoj strani nalaže zaključenje ugovora Zakonik se ne izjašnjava, ali generalno propisuje da oštećena strana ima pravo na naknadu štete od strane koja joj je štetu prouzrokovala neosnovanim odbijanjem da zaključi ugovor.⁵³ Pod odbijanjem zaključenja ugovora može se podvesti ne samo odbijanje zaključenja ugovora na predlog druge strane, već i odbijanje zaključenja ugovora koje je naloženo sudskom odlukom. S obzirom na to, prethodni zahtev sudu da naloži zaključenje ugovora ili predlog jedne strane drugoj da se glavni ugovor zaključi, preduslov je za sticanje prava na naknadu štete od strane koja neosnovano odbija da zaključi ugovor, što upućuje na zaključak da je naknada štete jedina sankcija prema nevernoj strani iz predugovora.

POVREDAO PREDUGOVORA PREMA SKICI, ZOO I PREDNACRTU

Profesor Konstantinović se, u vezi sa pojmom predugovora, u svojoj Skici opredelio za jedno kompromisno rešenje. On je širi pojam predugovora predvideo kao njegov osnovni oblik,⁵⁴ dok je uži pojam predugovora predviđen kao njegov poseban oblik. Pri tome, s obzirom da bi uži pojam predugovora, pored šireg, bio izlišan, prof. Konstantinović je upravo preko različitog dejstva opravdao njihovo postojanje. Kod predugovora u širem smislu neizvršenje obaveze da se zaključi glavni ugovor daje pravo saugovorniku samo na naknadu štete koju zbog tog neizvršenja trpi,⁵⁵ a kod predugovora koji sadrži sve bitne elemente glavnog

⁵² Čl. 445, st. 4. GZ Ruske Federacije.

⁵³ Čl. 445, st. 4. rečenica druga GZ Ruske Federacije.

⁵⁴ Čl. 29, st. 1. Skice propisuje: "Ugovorom se strane ugovornice, ili jedna od njih, mogu obavezati da docije zaključe drugi, glavni ugovor (predugovor)."

⁵⁵ Čl. 29, st. 4. Skice.

ugovora sud će, na zahtev zainteresovane strane, osuditi stranu koja odbija da pristupi zaključenju glavnog ugovora da to uradi u roku koji će joj odrediti, posle čijeg isteka će se presuda smatrati kao zaključenje glavnog ugovora.⁵⁶

Dejstvo predugovora u Skici skoro je identično sa dejstvom predugovora u poljskom GZ, što znači da je prof. Konstantinović, pri formulisanju odredaba o predugovoru, bio inspirisan odredbama poljskog GZ. Ustvari, osnovna ideja je ista, samo je tu ideju prof. Konstantinović formulisao jasnije i preciznije, kako u pogledu predugovora u širem smislu, koji se u poljskom GZ samo implicira, tako i u pogledu dejstva predugovora u užem smislu. Naime, za razliku od poljskog GZ koji izričito ne određuje dejstvo usvojenog zahteva da se ugovor zaključi, u Skici se propisuje da će se, po bezuspešnom isteku roka koji je sud odredio za njegovo zaključenje, presuda smatrati kao zaključenje glavnog ugovora.

ZOO nije sledio rešenja iz Skice, jer njegove odredbe o predugovoru negiraju osnovna idejna opredeljenja prof. Konstantinovića, svodeći rešenja iz ZOO na tradicionalna rešenja iz austrijskog OGZ.⁵⁷ Naime, iako predugovor definiše kao “ugovor kojim se preuzima obaveza da se docnije zaključi drugi, glavni ugovor” (čl. 45, st. 1), što je, inače, širi pojam predugovora, taj širi pojam predugovora se posebnim stavom istog člana ZOO isključuje. To je odredba koja propisuje da “predugovor obavezuje ako sadrži bitne sastojke glavnog ugovora” (čl. 45, st. 3).

Izloženo uređenje pojma predugovora uticalo je i na potpunu izmenu njegovog dejstva. Naime, odredba iz Skice kojom se naknadom štete sankcioniše neizvršenje obaveze da se pristupi zaključenju glavnog ugovora (čl. 29, st. 4), što je, inače, redovna posledica povrede obaveze iz predugovora, nije našla svoje mesto u ZOO, jer on uopšte ne priznaje pravno dejstvo predugovora u širem smislu. Isto tako, nije našla svoje mesto u ZOO ni odredba iz Skice o posebnom dejstvu predugovora u užem smislu, kojom se predviđa da će se posle isteka roka presuda smatrati kao zaključenje ugovora (čl. 29, st. 5). Umesto te odredbe ZOO propisuje (čl. 45, st. 4) da će sud, na zahtev zainteresovane strane, naložiti drugoj strani koja odbija da pristupi zaključenju glavnog ugovora da to uradi u roku koji će joj odrediti.

Takvo uređenje dejstva predugovora pokazalo se kao neprecizno. Naime, za razliku od Skice, ZOO ništa ne predviđa za slučaj kad strana, kojoj se sudskom odlukom nalaže da u određenom roku zaključi glavni ugovor, odbije da postupa po odluci suda.⁵⁸ Većina autora se, ipak, opredeljuje za stav da, u tom slučaju,

⁵⁶ Čl. 29, st. 5. Skice.

⁵⁷ M. Orlić (1987), 154, takođe, zaključuje da redaktori ZOO nisu prihvatili osobeno rešenje prof. Konstantinovića “i vratili su se klasičnim uzorima austrijskog prava”.

⁵⁸ M. Orlić (1987), 150; G. Georgijević, 604-605.

“ugovor važi kao zaključen, čim je presuda postala pravnosnažna”,⁵⁹ bilo zato što “presuda zamenjuje glavni ugovor”,⁶⁰ ili što “predugovor postaje glavni ugovor”,⁶¹ ili što “presuda zamenjuje izjavu volje koja je potrebna za zaključenje glavnog ugovora”.⁶² Ako tuženi bude osuđen na davanje takve izjave, smatra se da je ona data čim presuda postane pravnosnažna.⁶³ Posle toga, važi neoboriva pretpostavka da je konačni ugovor sklopljen, pa je moguće zahtevati njegovo ispunjenje, odnosno naknadu štete.⁶⁴

I slovenačka pravna teorija, čiji je Zakonik o obligacijama preuzeo odredbe o predugovoru iz ZOO,⁶⁵ stoji na stanovištu da se, posle pravnosnažnosti sudske odluke kojom se nalaže tuženom da izjavi volju, smatra da je tužena strana izjavila volju čija je sadržina navedena u izreci presude.⁶⁶ Pošto je tužilac izjavu volje iste sadržine izjavio samim podnošenjem tužbenog zahteva, zaključuje se da je glavni ugovor sa pravnosnažnošću presude zaključen.⁶⁷

S druge strane, imajući u vidu nepreciznost ZOO, manji broj autora je stao na stanovište da “u našem pravu sudska odluka ne zamenjuje ugovor već nezaključenje glavnog ugovora daje osnova za naknadu štete”.⁶⁸ Uprilog takvom stavu se nedvosmisleno izjašnjavaju još dva naša autora. Prvi autor naknadu štete vezuje najpre za povredu obaveze iz predugovora u širem smislu,⁶⁹ da bi kasnije stao na stanovište da je, u slučaju neispunjenja predugovora uopšte, ugovorna strana koja odustaje od zaključenja glavnog ugovora, dužna da drugoj strani naknadi nastalu štetu.⁷⁰ Naknada štete pojavljuje se, dakle, “kao sankcija za slučaj

⁵⁹ L. Marković, 195.

⁶⁰ Slobodan Perović, “Ugovor”, Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada, tom treći, NIU Službeni list SFRJ, Beograd 1978, 471; Stojan Cigoj, Teorija obligacij, Splošni del obligacijskega prava, Ljubljana 1981, 150; M. Subić, 911; V. Tamaš, 234-235; O. Jelčić, 161; M. Kosovac, 63.

⁶¹ B. Loza, 117; B. Vizner, 207.

⁶² J. Radišić, 137, ističe da je “pogrešno reći da sudska presuda zamenjuje konačni ugovor, jer tužbom nije traženo to nego da tuženi sudeluje u zaključenju konačnog ugovora, tj. da izjavi svoju volju”.

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Čl. 33. Obligacionog zakonika, Službeni list Republike Slovenije, br. 83/2001.

⁶⁶ Nina Plavšak, Miha Juhart, Renato Vrenčur, Obligacijsko pravo, splošni del, GV Založba, Ljubljana 2009, 294.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ Marija Vučković, Obligaciono pravo, Savremena administracija, Beograd 1989, 70-71.

⁶⁹ J. Salma (1986), 24.

⁷⁰ Jožef Salma, Obligaciono pravo, Pravo, Novi Sad 2001, 309.

neispunjenja predugovora”, što znači da “povreda predugovora povlači za sobom aktiviranje sekundarne obaveze”.⁷¹ Drugi autor, polazeći od razlike između predugovora i glavnog ugovora, izvesne sumnje u pogledu opravdanosti predugovora u užem smislu, kao i “tišine” zakonskog teksta, smatra da je prikladnija naknada štete kao isključiva sankcija za istrajno neispunjenje obaveza iz predugovora.⁷²

Navedena nesaglasnost pravne teorije nije se odrazila i na sudsku praksu, jer je u njoj, po svemu sudeći, ostalo bez odjeka upravo većinsko opredeljenje pravne teorije. Naime, nije poznata sudska odluka kojom se zamenjuje glavni ugovor ili izjava volje koja je potrebna za njegovo zaključenje, odnosno kojom se nalaže jednoj strani da u određenom roku pristupi zaključenju ugovora,⁷³ niti postoji saglasnost o tome kako bi njena izreka trebala da glasi.⁷⁴

Redaktori Prednacrta su, u vezi sa uređenjem predugovora, načelno ostali privrženi rešenjima sadržanim u ZOO, koji poznaje samo predugovor u užem smislu, tj. predugovor koji sadrži bitne elemente glavnog ugovora. Ipak, oni su, u vidu alternative, predložili i pojedina rešenja iz Skice, koja pojam predugovora i njegovo dejstvo samo zamagljuju i čine nekonzistentnim, jer dve od tri predložene alternative pretpostavljaju i predugovor u širem smislu,⁷⁵ kakav poznaje Skica, ali koji ne postoji, jer ne obavezuje ni po ZOO, ni po Prednacrta.⁷⁶ S obzirom na to, ako su se, makar i u vidu alternative, opredelili za rešenja iz Skice, redaktori Prednacrta nisu mogli da zadrže odredbu ZOO koja propisuje da predugovor obavezuje ako sadrži sve bitne sastojke glavnog ugovora. U svakom slučaju, predlažući i navedeno alternativno rešenje, redaktori Prednacrta su sigurno imali u vidu neke slabosti aktuelnog zakonskog uređenja predugovora, kao i nedoumice koje takvo uređenje izaziva ne samo u pravnoj teoriji, već i u sudskoj praksi.

⁷¹ *Ibid.*

⁷² G. Georgijević, 604.

⁷³ V. Tamaš, 230, navodi da “o značaju i sadržini presude kojom se nalaže zaključenje glavnog ugovora nisu pronađene adekvatne odluke”.

⁷⁴ B. Vizner, 207, smatra da se moguće komplikacije mogu izbeći donošenjem takve presude u čijem dispozitivu bi bio obuhvaćen glavni sadržaj definitivnog ugovora, uz dužnost tužene strane da ga s tužiocem sklopi u određenom roku, da bi se zatim, na kraju dispozitiva, navelo da je tuženi dužan da tako postupi u roku od 15 dana, “jer će se po bezuspešnom proteku određenog roka za sklapanje predmetni glavni ugovor smatrati valjano sklopljen danom pravomoćnosti ove presude”.

⁷⁵ Alternativna odredba iz st. 5, čl. 191 Prednacrta (“Neizvršenje obaveza da se zaključi glavni ugovor daje pravo saugovorniku da zahteva naknadu štete koju zbog tog neizvršenja trpi.”) odnosno u Skici na dejstvo predugovora u širem smislu. Isto tako, i alternativna odredba iz st. 6, čl. 191 Prednacrta (“Ali, ako su u predugovoru određeni bitni uslovi za zaključenje glavnog ugovora ...”) implicira postojanje i predugovora u širem smislu.

⁷⁶ Čl. 45, st. 3. ZOO i čl. 191, st. 3. Prednacrta.

ANALIZA PROBLEMA I PREDLOG REŠENJA

Problemi koji se javljaju u vezi sa dejstvom predugovora uslovljeni su, pre svega, tradicijom, tj. samim nastankom predugovora koji je, kao pripremni ugovor, obuhvatao samo jednu od dve faze u zaključenju realnih ugovora. Takvim ugovorom obavezivala se jedna strana na predaju određene stvari, što znači da je bitan element tog ugovora bila određena i izvršiva činidba da se zaključi glavni ugovor. To tradicionalno shvatanje predugovora održalo se i kasnije kada predugovor počinje da se primenjuje i na konsensualne ugovore. I kod takvog predugovora se zahteva da sadrži sve bitne elemente glavnog ugovora, kao i na njegovoj izvršivosti. Taj uži pojam predugovora zadržao se sve do danas, iako je njegova pripremna uloga kod konsensualnih ugovora zanemarljiva. Kod njih se, ustvari, primenom predugovora udvostručuje zaključenje jednog istog ugovora, a istovremeno se, sudskom odlukom koja zamenjuje glavni ugovor, u potpunosti poistovećuju i njihova pravna dejstva.

Zbog svega toga, zaslužuju pažnju pojedini građanski zakonici i zakonski projekti u kojima se odstupa od tradicionalnih rešenja. To su, pre svega, oni zakonici i projekti u kojima se insistira na većoj pripreмноj ulozi predugovora, zbog čega predviđaju i mogućnost zaključenja predugovora u širem smislu, kakav je to slučaj sa poljskim GZ i Skicom. Predugovor u širem smislu koji oni sadrže ne obuhvata sve bitne elemente glavnog ugovora, niti ga odlikuje izvršivost, budući da nevernu stranu pogađa samo nakande štete. Na liniji odstupanja od tradicionalnih rešenja je i GZ Ruske Federacije. Iako predviđa samo uži pojam predugovora, ovaj zakonik, po svemu sudeći, neispunjenje obaveze iz predugovora sankcioniše samo obavezom neverne strane da drugoj strani nadoknadi time pričinjenu štetu.

Imajući u vidu sve napred navedeno, evidentno je da u vezi sa dejstvom predugovora nema ni jedinstvenog opredeljenja, ni jedinstvenog rešenja, tako da zaista postoji potreba da se razmotri i neko novo rešenje. Takvo rešenje, po našem mišljenju, pretpostavlja jedan osoben i jedinstven pojam predugovora, ali i drugačije uređenje njegovog dejstva.

Osoben i jedinstven pojam predugovora

Podela predugovora na predugovor u užem i predugovor u širem smislu nije se afirmisala ni u teoriji, ni u praksi, zbog čega se zalažemo za jedan osoben i jedinstven pojam predugovora koji bi, kao srednje rešenje, bio sasvim prihvatljiv kompromis između predugovora u užem i predugovora u širem smislu. On bi se mogao definisati kao ugovor kojim se preuzima obaveza da se docnije zaključi

drugi, glavni ugovor, koji je određen ili bar odrediv.⁷⁷ Glavni ugovor bio bi određen u slučaju kad su predugovorom određeni svi njegovi bitni elementi, odnosno odrediv ako su predugovorom određeni vrsta ugovora kao i pojedini (ne svi) njegovi bitni elementi, koji su za taj ugovor osobeni, tako da se na osnovu njih može nedvosmisleno individualizovati glavni ugovor na čije se zaključenje strane obavezuju.⁷⁸ Tako bi, na primer, predugovor o zaključenju ugovora o prodaji određenog stana, po ceni koja bi se u nastavku pregovora sporazumno odredila, imao za predmet zaključenje odredivog ugovora o prodaji, budući da njegovu suštinu čini predmet prodavčeve obaveze, čijim određivanjem se taj ugovor individualizuje, dok se za cenu može uzeti da je odrediva time što je određen predmet prodavčeve obaveze. Isto važi i za predugovor ugovora o građenju određene građevine, kao i za predugovor ugovora o zakupu određenog stana. U svim navedenim slučajevima preuzima se obaveza da se zaključi glavni ugovor, pošto se prethodno postigne saglasnost i o preostalim njegovim bitnim elementima. Tako određenim pojmom predugovora mnogo potpunije bi se ostvarivala njegova osnovna pripremna uloga, tako da bi otpala primedba da je on nepotreban i da samo udvostručuje zaključenje jednog istog ugovora.⁷⁹

Za razliku od podela na predugovor u užem i predugovor u širem smislu, koja se smatra suštinskom, mi razliku između predugovora u užem smislu i našeg osobenog i jedinstvenog shvatanja pojma predugovora ne smatramo kvalitativnom, već samo kvantitativnom. I u jednom i u drugom slučaju postignuta je saglasnost volja o zaključenju određenog ili odredivog ugovora, a razlika je jedino u tome što je kod predugovora u užem smislu faza pregovora okončana, jer je postignuta saglasnost volja o svim bitnim elementima glavnog ugovora, dok kod našeg osobenog i jedinstvenog pojma predugovora ugovornici mogu predugovorom i da učvrste već postignutu saglasnost o pojedinim bitnim elementima glavnog ugovora,⁸⁰ pri čemu se obavezuju da u nastavku pregovora postignu saglasnost i o njegovim preostalim bitnim elementima, kao i da zaključe glavni ugovor. Prema tome, osim u izvesnoj dužini pređenog puta do zaključenja glavnog ugovora, suštinske razlike između navedenih predugovora nema, jer se i jednim i drugim strane obavezuju da docnije zaključe glavni ugovor.

S druge, strane, nismo saglasni sa stavom da je moguć i predugovor u jednom najširem smislu reči, kojim se samo imenuju buduće ugovorne strane i upu-

⁷⁷ Čl. 46, st. 2. ZOO, kao i čl. 50, st. 1 istog zakona.

⁷⁸ Više o tome u: Đorđe L. Nikolić, Mihajlo Cvetković, Pojam predugovora u Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu*, br. 70/2015, 596-600.

⁷⁹ A. Gams, Lj. Đurović, Uvod u građansko pravo, Opšti deo, Savremena administracija, Beograd 1981, 225; J. Radišić, 131; G. Georgijević, 591. i 593.

⁸⁰ Miodrag Orlić, Zaključenje ugovora, Institut za uporedno pravo, Beograd 2003, 397.

čuje na vrstu budućeg glavnog ugovora,⁸¹ jer se imenovanjem ugovornika i određivanjem samo vrste glavnog ugovora taj ugovor, kao predmet predugovora, ne može smatrati ni određenim, ni odredivim, a predugovor sa predmetom koji nije ni odrediv je ništav.⁸²

Dejstvo predugovora kao pripremnog ugovora

U vezi sa dejstvom predugovora, ostala je u pravnoj teoriji neprimećena i jedna očigledna protivrečnost u samom pojmu predugovora. Naime, svojim opredeljenjem da najpre zaključe predugovor, a tek docnije glavni ugovor, strane nedvosmisleno pokazuju i svoju donekle protivrečnu volju i ciljeve. Nesporno je da se predugovorom jedna ili obe strane obavezuju da docnije zaključe glavni ugovor. Ali, iz njega, takođe, nedvosmisleno proizlazi i da se bar jedna, ili obe strane, iz nekog razloga,⁸³ još uvek premišljaju i da ne žele da se konačno obavežu,⁸⁴ već zaključenje glavnog ugovora odlažu za neki kasniji momenat. Tako izražena volja predugovornika je veoma indikativna, zbog presudnog značaja koji ima ili bi trebala da ima kod razrešenja dva suštinska problema.

Prvi problem predstavlja mogućnost da se strani, za koju je očigledno da nije želela da se konačno obaveže, glavni ugovor nametne sudskom odlukom. Takva mogućnost se ne čini prihvatljivom, jer bi sudska odluka predstavljala akt kojim se, pre svega, grubo krši načelo autonomije volje. Naime, izjava volje koja je potrebna za zaključenje glavnog ugovora se, po svojoj prirodi, ne može iznuditi, jer onda ona ne bi ni bila slobodna.⁸⁵ Takvim aktom poništavala bi se i razlika između predugovora i glavnog ugovora, a predugovoru bi se, putem jedne fikcije, pripisivalo dejstvo koje on, ustvari, nema. Uz to, postojala bi i ozbiljna nesaglasnost između predugovora, koji obavezuje na zaključenje glavnog ugovora, i

⁸¹ J. Salma (1986), 28. O. Jelčić, 159, u tom smislu, pominje predugovor koji uopšte ne sadrži bitne elemente glavnog ugovora.

⁸² Čl. 47 ZOO.

⁸³ O tome detaljnije u: Đ. L. Nikolić, M. Cvetković, 599; On se zaključuje kada strane, iz veoma različitih razloga, koji mogu biti praktične ili psihološke prirode (J. Radišić, 131), neće ili trenutno ne mogu da zaključe glavni ugovor (S. Jakšić, 120; Perović (1980), 235; B. Loza, 117; M. Kosovac, 61; M. Ubavić, 14; V. Tamaš, 226). To može biti potreba da se odloži zaključenje glavnog ugovora zbog toga što jedna ili obe strane treba da izvrše neke pripreme za zaključenje ili izvršenje glavnog ugovora, ali i želja ugovornika da još malo razmisle o zaključenju glavnog ugovora (G. Georgijević, 2004, 593), da provere neke činjenice, da sačekaju razvoj okolnosti (M. Draškić, 107), da izvrše dodatne konsultacije ili da pribave saglasnost trećeg lica (N. Plavšak, M. Juhart, R. Vrenčur, 293).

⁸⁴ M. Orlić (2003), 396, smatra da se u odnosu na ugovor pripremni sporazumi razlikuju po tome "što strane nisu htele da se konačno obavežu".

⁸⁵ Čl. 28, st. 2 ZOO propisuje: "Izjava volje mora da bude učinjena slobodno i ozbiljno."

sudske odluke, koja bi ugovorne strane iz predugovora obavezivala na konkretne činidbe. Zbog svega toga je neprimereno da se, prema strani koja ne ispuní obavezu iz predugovora, primeni sankcija u vidu sudske odluke kojom se, na osnovu fikcije da je data odgovarajuća izjava volje, odnosno da je zaključen glavni ugovor, ona obavezuje na ispunjenje činidbe iz tog ugovora. Takva sankcija se, iako je pravna teorija podržava, u sudskoj praksi nije afirmisala. Ovakav stav, međutim, ne znači zalaganje za “amnestiju” nesavesnog dužnika, već potrebu da se iznađe sankcija koja bi bila primerena prirodi predugovora.

Drugi problem odnosi se na razloge zbog kojih strane, ili bar jedna od njih, nisu htele da se konačno obavežu, već su zaključenje glavnog ugovora odložile za neki kasniji momenat. Ti razlozi se ne smeju ignorisati. Naprotiv, oni se moraju uzimati u obzir, jer se veoma opravdano može pretpostaviti da se odlaganjem zaključenja glavnog ugovora istovremeno rezerviše i pravo da se glavni ugovor ne zaključi, ako za to postoje opravdani razlozi. U velikom broju slučajeva i strane koje su se u potpunosti saglasile pribegavaju zaključenju predugovora upravo zbog toga što žele da još jednom prethodno razmislile, da provere činjenice i okolnosti, kao i da obezbede sve što je potrebno za zaključenje glavnog ugovora. S obzirom na to, smatramo da ne bi trebala da bude odgovorna ona strana koja dokaže da je iz nekog opravdanog razloga odbila da pristupi zaključenju glavnog ugovora. U tom kontekstu i ZOO, po ugledu na austrijski OGZ,⁸⁶ pominje promenjene okolnosti,⁸⁷ ali ne navodi i gubitak poverenja.⁸⁸ Nama se čini da bi to mogla da bude i svaka druga okolnost, ne samo ona koja je nastala posle zaključenja predugovora, kojom se može opravdati nezaključenje glavnog ugovora. Štaviše, smatramo da bi bilo sasvim logično i opravdano da predugovor, kao pripremni ugovor, treba da ima nešto slabije pravno dejstvo od glavnog ugovora, te da bi se i odgovornost zbog nezaključenja glavnog ugovora trebala da ceni blaže, tako da bi neverna strana odgovarala za štetu prouzrokovanu zbog nezaključenja glavnog ugovora samo ako ne dokaže da je za to imala opravdani razlog.

S obzirom na to, čini se da bi osobenostima predugovora odgovarala, tako da bi se mogla smatrati najprimerenijom, jedino sankcija u vidu naknade štete. To je, uostalom, i redovna sankcija za povredu predugovora, koja se predviđa i u Skici.⁸⁹

Uz sve napred navedeno, u prilog našem stavu pozivamo se i na odredbu o odgovornosti u vezi sa obavezom zaključenja ugovora, koja propisuje da je lice,

⁸⁶ § 936 austrijskog OGZ propisuje: “... i ako se među tim okolnosti nisu tako promenile, da se time osujećava izrečno izjašnjeni, ili po okolnostima određeni cilj, ...”.

⁸⁷ Čl. 45, st. 6. ZOO propisuje: “Predugovor ne obavezuje ako su se okolnosti od njegovog zaključenja toliko izmenile da ne bi bio ni zaključen da su takve okolnosti postojale u to vreme.”

⁸⁸ § 936 austrijskog OGZ propisuje: “... ili da je jedna ili druga strana izgubila poverenje ...”.

⁸⁹ Čl. 29, st. 4 Skice prof. Konstantinovića.

koje je po zakonu obavezno da zaključi neki ugovor, dužno da nadoknadi štetu ako na zahtev zainteresovanog lica bez odlaganja ne zaključi taj ugovor.⁹⁰ Ako se, dakle, prema licu koje je po zakonu obavezno da zaključi neki ugovor, ne predviđa sankcija u vidu mogućnosti donošenja sudske odluke koja zamenjuje taj ugovor, onda nam se čini da još manje opravdanja postoji da se prema licu koje se predugovorom obavezalo na zaključenje glavnog ugovora primenjuje takva sankcija.

ZAKLJUČAK

Problemатике која се односи на дејство предуговора показује да, како у упоредном, тако и у našem праву, не постоји општеприхваћено, али ни nedvosmisleno, potpuno i adekvatno uređenje predugovora, što se posebno односи на njegovo deјstvo. Na osnovu analize deјstva predugovora, koja je jednim delom povezana i sa određivanjem njegovog pojma, došli smo do zaključka da se nedvosmisleno, potpuno i adekvatno uređenje predugovora uopšte, a posebno njegovog deјstva, može ostvariti ako se usvoje tri osnovna opredeljenja:

- jedinstveni pojam predugovora, koji bi obuhvatao one (ne sve) bitne elemente glavnog ugovora koji bi takav ugovor činili bar odredivim;
- blaža odgovornost neverne strane, tako da ona može da se oslobodi odgovornosti ako dokaže da je iz opravdanog razloga odbila da zaključi glavni ugovor;
- sankcija za nevernu stranu koja bi se ispoljavala samo u vidu obaveze da drugoj strani nadoknadi prouzrokovanu štetu.

Takvo uređenje predugovora bilo bi racionalno i funkcionalno, a uz to bi u većoj meri odgovaralo potrebama savremenog prometa.

DORĐE L. NIKOLIĆ, Ph.D.,
Associate Professor, Faculty of Law,
University of Niš

LEGAL EFFECTS OF PRELIMINARY CONTRACT IN PILOT DRAFT OF CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

Legal effects of the preliminary contract, particularly the consequences of its breach, are regulated with significant differences in comparative law. In this respect Yugoslav legislator did not fol-

⁹⁰ Čl. 183 ZOO.

low the compromise that prof. Konstantinović proposed in his Pre-draft of Code on Obligations and Contracts, but opted for the traditional, very stiff Austrian law solution. This solution leads to double contract conclusion, narrow application of the preliminary contract and ignores the freedom of contract. In addition, it is apparent that the parties conclude a preliminary contract when that still do not want totally to commit themselves, i.e. in cases where they, for various reasons, still deliberate on final contract conclusion.

In order to clearly, fully and adequately regulate preliminary contract, we need a universal concept of the preliminary contract, which would include the essential elements of the final contract (not all of them, but at least those that make final contract determinable). We propose milder liability for defaulting contracting party, which would have a defense that there was a good reason for refusal to conclude the final contract. We argue that damage compensation should be the one and only consequence for preliminary-contract breach.

MOGUĆNOST ODRICANJA OD DEJSTAVA OSTVARENJA RASKIDNOG USLOVA

U V O D

Raskidni uslov ne smeta ugovorima “ni da se obrazuju ni da se izvrše”.¹ On se, najčešće, definiše kao “modalitet koji pogađa efikasnost jednog ugovora”,² okolnost od čijeg ostvarenja “zavise dejstva pravnog posla”,³ “prestanak nekog prava”.⁴ Ugovorena obaveza nastaje, proizvodi pravna dejstva kao da uslova nema, te u tom pogledu nema neizvesnosti. Neizvesnost postoji samo u pogledu činjenice da li će dejstva, koja je ugovor proizveo, definitivno opstati. Strane mogu izvršavati svoje obaveze, sticalac stiće svojinu, može držati i koristiti stvar, pribirati plodove, a konačno, može njome i raspolagati – ali uslovno, na svoj rizik, jer je postojanost njegovog pribavljanja neizvesna.⁵ Sa druge strane, iako strana koja se ima koristiti raskidom, nema za sada nikakva prava na stvar, dok se uslov ne

Snežana Dabić, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu. Članak predstavlja rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta pod nazivom “Identitetski preobražaj Srbije”.

¹ Đorđe Pavlović, O obveznostima i ugovorima uopšte, Beograd 2014, 85.

² Bertrand Fages, *Droit des obligations*, Paris, 2011, 147.

³ Obren Stanković, Vladimir Vodinelić, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 2007, 184. Bogdan Loza, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima I* (ur. Borislav Blagojević, Vrleta Krulj), Beograd 1983, 265.

⁴ Andrija Gams, Ljiljana Đurović, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1990, 184. Henri, Léon et Jean Mazeaud, *Leçons de droit civil*, I, Paris 1965, 273.

⁵ Lazar Marković, *Gradansko pravo*, Beograd 1927, 262.

ostvari, ipak ima jedno "izgledno pravo"⁶, "pravo u začetku".⁷ Može da preduzima sve mere obezbeđenja, kao i poverilac pod odložnim uslovom, kome se u ovom pogledu može i upodobiti.⁸

Modifikovanje ugovora raskidim uslovom predstavlja izraz autonomije volje strana, njihove slobode da svoje odnose urede na način kojim se u najvećoj meri udovoljava njihovim potrebama. Strane su potpuno slobodne pri izboru da li će svoj ugovor i njegova dejstva modifikovati⁹ – one to mogu, ali ne moraju da učine.

Međutim, od trenutka zaključenja ugovora do trenutka ostvarenja ili osujećenja raskidnog uslova, okolnosti zbog kojih su strane, ili jedna od njih, insistirale na umetanju odredbe o uslovu u ugovor, mogu biti promenjene. To može dovesti do toga da nema više realne potrebe za prestankom ugovora eventualnim nastupanjem okolnosti predviđenom uslovom. Pitanje koje se sve češće muči uporednopravnu teoriju, naročito francusku, motivisanom gotovo ujednačenom praksom sudova u priznavanju ove mogućnosti, jeste da li su strane ili, čak, samo jedna od njih, slobodne da se takvog, već ugovorenog uslova odreknu. Štaviše, pitanje koje, zapravo, izaziva najviše pažnje jeste da li je to moguće učiniti, i na koji način, onda kada je već došlo do nastupanja okolnosti koja bi, po redovnom toku stvari, trebalo da dovede do prestanka ugovora. Preneto na teren raskidnih uslova, postoji li mogućnost da ugovor "preživi" njegovo ostvarenje?

POJAM I DEJSTVA ODRICANJA OD RASKIDNOG USLOVA

Odricanje od uslova predstavlja izjavu volje čiji je smisao u tome da se otkloni neizvesnost koju uslov stvara i ugovor učini jednostavnim,¹⁰ kao da uslov

⁶ Đ. Pavlović, 85.

⁷ François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Paris 2013, 1274.

⁸ Čl. 76 ZOO predviđa se mogućnost poverioca (čije je pravo uslovljeno) da zahteva obezbeđenje prava samo ukoliko je ugovor zaključen pod odložnim uslovom. Sličnu odredbu sadrži i francuski Gradanski zakonik, ali je u teoriji opšteprihvaćeno da se prenosilac prava, kod ugovora sa raskidnim uslovom, ima smatrati poveriocem prava pod odložnim uslovom, te se i na njega ima primeniti ista odredba (čl. 1180) - G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, Paris 1902, 75 i fn. 2. Muriel Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, Paris 2008, 162. Za italijansko pravo vidi R.M. Morresi, *Termination of contracts under Italian law*, HeinOnline 1997, 901, pristupljeno 4.4.2016. godine.

⁹ Philippe Malaurie, Laurent Aynes, Philippe Stoffel-Munck, *Les obligations*, Paris 2013, 641.

¹⁰ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1277.

nikada nije ni bio postavljen. Ono ima za cilj da spreči ili otkloni nastupanje posledica do kojih bi dovelo ostvarenje raskidnog uslova.

Umesno je, na ovom mestu, precizirati da je reč samo o mogućnosti odricanja od (dejstava) *ostvarenja* raskidnog uslova. Odricanje od uslova, dakle, moguće je *samo* u cilju očuvanja ugovora, sprečavanja njegovog prestanka.¹¹ Drugim rečima, nije, niti može biti dozvoljena izjava o odricanju od (dejstava) *osujećenja* raskidnog uslova, kojom bi se sprečilo da zaključeni ugovor nastavi da proizvodi dejstava. Ukoliko strane žele, ugovor mogu okončati, ali ne odricanjem od uslova, već sporazumnim ili jednostranim raskidom, u ovom drugom slučaju, onda kada su za to ispunjeni uslovi.

Institut odricanja od uslova, nepoznat je našem pravu. Iz toga ne bi trebalo *a priori* izvući nikakav zaključak, još manje da je tako nešto zabranjeno. Nažalost, nedostatak zakonskog uređenja jedan je od razloga što se ni naša teorija nije posvetila ovom pitanju u značajnoj meri.

Odsustvo izričitih zakonskih rešenja nije karakteristično samo za naše pravo. Mogućnost odricanja od uslova izričito ne uređuju ni veliki, razvijeni pravni sistemi. Ipak, pitanje dozvoljenosti, modaliteta i dejstava odricanja od uslova se u uporednopravnoj teoriji i sudskoj praksi relativno rano postavilo.¹² Uticaj bio je dovoljno snažan da su pojedina zakonodavstva, u svoje izvore obligacionog prava,

¹¹ Mathias Latina, *Essai sur la condition en droit des contrats*, Paris 2009, 433.

¹² Autori uglavnom ispituju mogućnost odricanja od odložnog uslova nakon njegovog *osujećenja*. Imajući u vidu da *ostvarenje* raskidnog uslova ima isti efekat na ugovor, argumentacija se može primeniti i na njih. Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Éric Savaux, *Les obligations, Le rapport d'obligation*, Paris 2013, 274, 277. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1275-1280. P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, 695-689. Valérie Wittmann, "La renunciation unilaterial à la défaillance de la condition suspensive dans les promesses de vente: à la recherche d'un équilibre contractuel", *Recueil Dalloz*, 2 février 2012, no 5, 301. Géraldine Lancelin, *La technique des droits potestatif dans les contrats de promesse de vente d'immeuble*, 2012, 61, <https://www.scribd.com/doc/170032507/17-II-%E2%80%93Interaction-des-delaix-d%E2%80%99exercice-des-droits-potestatifs>, 10.4.2016. "Waiver of condition precedent", *The Canadian Law Times*, 1909, 385-388, HeinOnline 22.4.2016. C.S. Barnett, "Unilateral Waiver of Contractual Conditions Precedent", *The Dalhousie Law Journal*, 1976-1977, 595-602, HeinOnline 22.4.2016. J.S. de Villiers, "The True Condition Precedent", *The Advocate*, 1979, 521-523, HeinOnline 22.4.2016. Byran Gibson, "Case and comment", *U.B.C. Law review*, 1971, 431-434, HeinOnline 22.4.2016. R. Sharrock, "The Waiver of a Contractual Condition Solely for the Benefit of One Party", *The South African Law Journal*, 1984, 227-231, HeinOnline 22.4.2016. Richard J. Macy, "Condition Subsequent: Waiver by Inaction", *Wyoming Law Journal*, 1956-1957, 192-195, HeinOnline 22.4.2016. Louis Proksch, "In Praise of Condition Subsequent", *Western Australian Law Review*, 1979-1982, 333-353, HeinOnline 22.4.2016. "Report on waiver of conditions precedent in contracts", *Law Reform Commission of British Columbia*, 1977, http://www.bcli.org/sites/default/files/LRC31-Waiver_of_Conditions_Precedent_in_Contracts.pdf, 22.4.2016.

unela izričitu odredbu o mogućnosti *odricanja od uslova*.¹³ Takvu odredbu sadrže i svi projekti reforme francuskog obligacionog prava.¹⁴

Ono u čemu su uporednopravna teorija i sudska praksa saglasne, gde gotovo nema spora,¹⁵ jeste mogućnost ne samo sporazumnog, već i jednostranog odricanja od raskidnog uslova u fazi pendencije, dok uslov još nije ostvaren.

Učinivši početak ili prestanak dejstava zaključenog ugovora uslovnim, zavinsnim od neke okolnosti, strane se nisu definitivno prepustile neizvesnosti koju on nosi. Kao što ugovor mogu sporazumno raskidnuti,¹⁶ slobodne su i samo menjati njegovu sadržinu.¹⁷ U tom smislu, ukoliko je ugovorom predviđen rok u kome se uslov ima ispuniti, strane ga mogu produžiti, omogućivši uslovu da se ispuni i nakon prvobitno određenog roka. Pored toga, one mogu ugovor i definitivno osloboditi neizvesnosti – sporazumnim otklanjanjem odredbe o uslovu. Time se, zapravo, strane odriču prava da se pozovu na eventualno ostvarenje raskidnog uslova. Dejstva koja je ugovor sa raskidnim uslovom proizveo time postaju konačna, kao da uslov nikada nije ni bio postavljen.

Kada je uslov ugovoren samo u interesu jedne strane, opšte je prihvaćeno da se ova strana može uslova samostalno odreći.¹⁸ Tada je neophodna, ali i dovoljna, samo izjava volje te ugovorne strane. Stav se može opravdati time da je i sama odredba o raskidnom uslovu postala deo zaključenog ugovora na insistiranje jed-

¹³ To se odnosi pretežno na common law sisteme. Tako, za englesko pravo vid. čl. 11 Sales of Goods Act <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>. Slično rešenje recipirale su i neke kanadske provincije. Vid. npr. za Britansku Kolumbiju čl. 15 http://www.bclaws.ca/civix/document/id/complete/statreg/96410_01#section15, za Ontario čl. 12 <https://www.ontario.ca/laws/statute/90s01?search=condition+subsequent#BK11>.

¹⁴ Tako, Prednacrt reforme obligacionog prava ("Prednacrt Katala"), u čl. 1178, predviđa da je "strana u čijem je isključivom interesu uslov ugovoren slobodna da ga se jednostrano odrekne, sve dok uslov nije ostvaren. Do tog trenutka, strane mogu isto tako, saglasnom voljom, odreći se uslova ugovorenog u interesu svake od njih."- *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (Avant-projet Catala)*, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf, 13.4.2016. Vid. i čl. 1304-4 *Projet d'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 du portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939&categorieLien=id>, 13.4.2016. J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, 277.

¹⁵ Eventualno bi se moglo javiti pitanje suprotstavljenosti takvog odricanja trećim licima.

¹⁶ "Ako pravo respektuje volju stranaka u stvaranju prava i obaveza (...) nema razloga da je ne respektuje i u njihovom ukidanju". Dragor Hiber, *Prestanak stanarskog prava*, magistarski rad, Beograd 1982, 303.

¹⁷ J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, 277.

¹⁸ P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, 695 i fn. 90. J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, 277. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1275, fn. 2, 1277. Upor. sa Pascal Pichonnaz, *Code des obligations I*, Luc Thévenoz (ed.), Franz Werro (ed.), Basel 2006, 832-833.

ne strane, radi ostvarivanja njenih potreba i zaštite njenih interesa. U suprotnom, ugovor ne bi ni bio modifikovan raskidnim uslovom. Ona strana koja je privilegovana neizvesnošću opstanka (dejstava) ugovora i mogućnošću da ostvarenjem određene okolnosti izađe iz zaključenog ugovora, ovlašćena je da tu neizvesnost samostalno i okonča. Njoj, dakle, pripada izbor: ili da sudbinu ugovora prepusti neizvesnosti ili da se te privilegije, koju joj raskidni uslov donosi, odrekne. Ukoliko se opredeli za drugu mogućnost, vršenje ovakvog izbora menja prirodu ugovora – dejstva koja je on proizveo postaju konačna, te prestaje neizvesnost stvorena raskidnim uslovom. Jednostranim odricanjem od raskidnog uslova, vrši se, stoga, preobražajno pravo strane u čijem je interesu on ugovoren.¹⁹

ODRICANJE OD (DEJSTAVA) RASKIDNOG USLOVA NAKON NJEGOVOG OSTVARENJA

Za odricanje od raskidnog uslova, sporazumno ili jednostrano, preduslov je postojanje uslova u trenutku kada se daje izjava volje o odricanju.²⁰ To nužno vodi preciziranju trenutka do koga je, najkasnije, ovakvo odricanje pravno moguće. Već je objašnjeno da nema prepreka da do toga dođe u fazi pendencije uslova, dok je još neizvesno hoće li se on ostvariti. Daleko je kompleksnije pitanje mogu li se strane, jednostrano ili saglasnošću volja, odreći uslova onda kada je on ostvaren.²¹ Drugim rečima, može li ugovor da “preživi” ostvarenje raskidnog uslova?

Na prvi pogled, pitanje može da začudi. Da bi se strane odrekle raskidnog uslova, u nameri da ugovor održe na snazi, neophodno je da uslov postoji. Predstavljajući ugovornu odredbu, on postoji sve dok postoji ugovor čiji je on deo. On, dakle, zavisi od postojanja samog ugovora. Raskidni uslov se, kako se uobičajeno navodi, ostvaruje samim nastupanjem činjenice,²² što dovodi do prestanka ugovora *ipso iure*, automatski,²³ “s punim pravom”.²⁴ Nije nužna još neka radnja ugovarača. Njihova eventualna izjava ima samo deklarativni značaj.²⁵ Štaviše, ističe se, ne samo što ne postoji obaveza ugovornika da izjavu o raskidu saopšte drugoj

¹⁹ G. Lancelin, 61.

²⁰ G. Lancelin, 59.

²¹ *Ibid*, 62.

²² B. Loza, 267.

²³ Boris Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, Zagreb 1978, 344. L. Marković, 262. Dragoljub Stojanović, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga prva, (ur. Slobodan Perović, Dragoljub Stojanović), Kragujevac 1980, 298. Vidi i Odluku Višeg privrednog suda u Beogradu, Pž. 3322/99 od 10.11.1999, Izbor sudske prakse, Beograd 11/2000, str.51, gde se tvrdi da prestaje po sili zakona. Pascal Pichonnaz, 844.

²⁴ Đ. Pavlović, 86.

²⁵ B. Loza, 389.

ugovornoj strani, već ugovor ne bi mogli ni da održe na snazi u slučaju nastupanja raskidnog uslova!²⁶

Autori koji prihvataju mogućnost odricanja od uslova, izričito navode da se to mora najkasnije učiniti do trenutka njegovog ostvarenja.²⁷ Ostvarenjem dolazi do prestanka ugovora po sili zakona, te ne samo da ne može jedna strana, već ne mogu ni obe da “udahnu ponovo život u ugovor”²⁸ Moguće je, eventualno, odricanje od *posledica* do kojih je ostvarenje raskidnog uslova dovelo,²⁹ ali kako se navodi, samo uz saglasnost druge strane, što zapravo, predstavlja novi ugovor strana.³⁰

I u projektima reforme francuskog obligacionog prava predviđena je mogućnost odricanja, jednostrano ili saglasnošću volja strana, samo u fazi pendenције uslova. Nijedan od njih ne pominje se mogućnost odricanja nakon ostvarenja raskidnog uslova.³¹ Isključuje se, dakle, mogućnost, bilo obostranog, bilo jednostranog, održavanja ugovora na snazi.³²

Za razliku od teorije, francuska sudska praksa ne odbacuje olako mogućnost odricanja nakon ostvarenja raskidnog uslova.³³ Kasacioni sud je ne samo

²⁶ “Ni sudije ni ugovarači ne mogu sprečiti raskid takve prodaje, kao što nisu mogli stati na put ni samom događaju, koji je to proizveo.” Đ. Pavlović, 85-86. Katarina Dolović, *Pravne posledice izjave volje usmerene na raskid ugovora zbog neizvršenja*, doktorska disertacija, Beograd 2014, 109.

²⁷ P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, 695.

²⁸ G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, 76.

²⁹ G. Lancelin, 63.

³⁰ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, 1275, fn. 2, 1277.

³¹ Vid. čl. 1178 Prednacrta Katala, posebnu napomenu koja sledi, gde se izričito navodi da ne deluje prikladno, a ni bezbedno, dozvoliti mogućnost odricanja od uslova nakon njegovog ostvarenja. Smatra se da bi se time išlo van domena uslovnih obligacija, te je iz tih razloga odredba 1178-1, kojom je takva mogućnost predložena, uklonjena. Vid. i čl. 1304-4 *Projet d'Ordonnance n° 2016-131*. J. Flour, J.L. Aubert, É. Savaux, 277.

³² To može stvoriti i određene praktične probleme, najčešće poreskopravne prirode, koji su, zapravo, i razlog relativno retkog ugovaranja raskidnih uslova. Naime, ukoliko bi ostvarenje raskidnog uslova nužno vodilo automatskom prestanku ugovora, strane bi, ukoliko odricanje više ne bi bilo moguće, morale da zaključe nov ugovor, koji bi, između ostalog, bio i predmet ponovnog oporezivanja.

³³ U praksi se, imajući u vidu činjenicu da se ugovori daleko ređe modifikuju raskidnim uslovom, najčešće postavljalo pitanje može li se lice, u čijem je interesu ugovoren odložni uslov, odreći posledica osujećenja odložnog uslova i zahtevati izvršenje ugovora. Imajući u vidu da ostvarenje raskidnog uslova ima isto dejstvo na ugovor kao i osujećenje odložnog uslova, smatramo da se može iskoristiti ista argumentacija. Isto i M. Latina, 433 i dalje. Pojedini pisci kritikuju podelu na odložne i raskidne uslove. Kako se ističe, pažljivom analizom stvari, može se uočiti da postoji samo jedna vrsta uslova – odložni uslov. P. van Wetter, *Obligations en droit romain*, Paris 1884, 175. Takve podele nije bilo ni u rimskom pravu, ono je poznavalo samo odložni uslov. Za ugovor koji je zaključen pod raskidnim uslovom govorilo se “*pura convention quae sub conditione resolvitur*”. - Re-

priznavao mogućnost da ugovorne strane, saglasnošću volja, održe postojeći ugovor na snazi, već je tu istu mogućnost priznavao i samo strani u čijem je isključivom interesu uslov postavljen.³⁴ Mada ne jedino³⁵, obrazloženje se, najčešće, ogleda u tome da, u slučaju kada je uslov ugovoren u isključivom interesu jedne ugovorne strane, jedino se ona može pozvati na činjenicu ostvarenja raskidnog uslova, ne i druga strana.³⁶ Praktično, ne dolazi do automatskog prestanka ugovora, na koji se mogu pozvati obe ugovorne strane, već se rađa pravo strane u čijem je interesu uslov ugovoren da bira da li će se na to ostvarenje pozvati i time sebe oslobodi ugovorne obaveze.³⁷

Ovakvim rezonovanjem, značajno se relativizuje dejstvo ostvarenja raskidnog uslova na zaključen ugovor. Sudovi se ne drže, kao dogme, tradicionalnog shvatanja da do prestanka ugovora tada dolazi po automatizmu, već polaze od toga u čijem je interesu uslov ugovoren, ostavljajući odluku o opstanku ugovora toj strani. Kako je primećeno, time odgovor na pitanje “da li sam ugovorom vezan?” ne bi više bio “zavisi od toga da li će uslov biti ostvaren” nego “da, ako se uslov ostvari, a ako se ne ostvari, biće kako odlučim”.³⁸

Pre dalje analize opravdanosti i utemeljenosti mogućnosti odricanja nakon ostvarenja raskidnog uslova, čini se umesnim da se posebno ukaže na, sa jedne strane, raskidnu klauzulu, koja se u teoriji pretežno navodi kao jedini izuzetak od pravila da odricanje nije moguće nakon ostvarenja uslova i sa druge strane, pojedinih “potestativnih raskidnih uslova”, čiji su priroda i način ostvarenja nespojivi sa mogućnošću odricanja nakon ostvarenja.

inhard Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990, 731-732. Jean Macqueron, *Histoire des obligations, Le droit romain*, 1975, 451. Ne postoji drugi uslov do odložen. samo što je ponekad odloženo pravo, a ponekad raskid. Đ. Pavlović, 77. Ono što se naziva ugovorom sa raskidnim uslovom nije ništa drugo do jednostavan, čist ugovor koji se pod uslovom raskida. G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Paris 1889, 655. U tom smislu se navodi da se raskidni uslov može tretirati kao jedna posebna vrsta odložnog uslova. Jean Carbonnier, *Droit civil, Les Obligations*, Paris 1998, 256.

³⁴ P. Malaurie, L. Aynes, P. Stoffel-Munck, 695. G. Lancelin, 63-64.

³⁵ Prisutan je još i stav da ostvarenje raskidnog uslova zaista dovodi do automatskog prestanka ugovora, ali se, zapravo, preispituje mogućnost njegove ireverzibilnosti. Vid. M. Latina, 433-434.

³⁶ Philippe Derouin, “Pour une analyse «fonctionnelle» de la condition”, *Rev. trim. dr. civ.*, Paris 1978, 20-21.

³⁷ Engleski sudovi su naklonjeniji tumačenju da ostvarenje ili neostvarenje uslova ne vodi automatskom prestanku ugovora, već daje mogućnost obema ili samo jednoj strani da raskine ugovor. Vid. Michael Furmston, Gregory Tolhurst, *Contract formation*, New York 2016, para. 9.123 i fn. 348.

³⁸ M. Latina, 436.

Raskidna klauzula i mogućnost odricanja

Francuski pisci, kao jedini izuzetak od pravila da ostvarenje raskidnog uslova dovodi do prestanka ugovora po sili zakona, navode ugovaranje raskidne klauzule.³⁹ Raskidna klauzula (*le pacte commissoire exprès*) se obično označava kao potestativni raskidni uslov “posebne prirode”,⁴⁰ kojom strane predviđaju uslove pod kojima će doći do raskida ugovora. U francusko pravo je došla iz rimskog prava, u kome je imala smisao u tome da se prodavcu omogući da “izađe iz ugovora” ukoliko cena ne bude plaćena o roku, imajući u vidu da rimsko pravo nije poznavalo mogućnost jednostranog raskida ugovora.⁴¹

U sistemima, kao što je francusko pravo, koje poznaju sudski raskid ugovora, ona ima veliki značaj jer olakšava pravnu poziciju poverioca – on se ne mora obraćati sudu da bi izdejstvovao raskid. Ona ima važnu ulogu i u vršenju pritiska na dužnika da obaveze izvršava uredno i blagovremeno.

Raskidne klauzule nisu, međutim, beznačajne ni u sistemima koji predviđaju vansudski raskid ugovora, jer otklanjaju neizvesnost u pogledu ocene ispunjenosti uslova za raskid. Ugovornici, formulacijom ovakve klauzule, sami određuju situacije koje će učiniti kraj njihovom ugovoru. U eventualnom sporu, sud bi imao ulogu samo da proceni da li su nastupile okolnosti predviđene raskidnom klauzulom, ne i da li bi te okolnosti, u odsustvu ovakve klauzule, bile dovoljan razlog za raskid ugovora.

Umetanje raskidne klauzule naročito dobija smisao onda kada strane žele da za nju vežu intenzivnije posledice. Ukoliko se predvidi da će se ugovor *smatrati raskinutim* čim nastupi povreda ugovora predviđena raskidnom klauzulom, koji je domašaj takve odredbe? Da li to znači da će neispunjenje obaveze dovesti do automatskog prestanka ugovora, čak i ako poverilac želi izvršenje obaveze?

Na prvi pogled, potvrđan odgovor se nameće sam po sebi. Formulšući je na taj način, strane su jasno izrazile želju da žele automatski prestanak ugovora. Ne samo da poverilac ne mora ostavljati dužniku naknadni rok za izvršenje obaveze, već nije neophodna ni njegova izjava volje kojom se ugovor raskida. Prestanak

³⁹ G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, 76-77.

⁴⁰ *Ibid*, 82.

⁴¹ Mada je većinsko stanovište da je neplaćanje cene dovelo do automatskog prestanka ugovora, ima autora koji tvrde da se tada, zapravo, samo radala mogućnost poverioca da odluči da li će zahtevati raskid ili izvršenje ugovora. Automatski prestanak ne bi imao smisla jer bi se kupcu u velikoj meri olakšalo napuštanje ugovora samim donošenjem odluke da cenu ne plati. Njegov interes je bio zaštićen samo time da je ovaj izbor prodavac morao da izvrši brzo. – R. Zimmermann, 738.

ipso iure, navodi se, nije prestanak bez volje poverioca – mada je nema pri raskidu, on je svoju volju iskazao unapred, pri zaključenju ugovora.⁴²

Međutim, ugovarajući ovakvu privilegiju, teško da je poverilac imao nameru da sebe liši mogućnosti da zahteva izvršenje ugovora ako za to ima interesa i time održi ugovor na snazi. Automatski prestanak ne bi ni imao smisla, jer bi se dužniku u velikoj meri olakšalo napuštanje ugovora. Raskidna klauzula bi se, na taj način, iz privilegije poverioca pretvorila u svoju suprotnost: dužnik bi bio neopravdano privilegovan mogućnošću da se oslobodi “stega” ugovora koji mu više ne odgovara samim neizvršenjem obaveze,⁴³ a poverilac ne bi mogao ništa da uradi da to spreči i ugovoru da još jednu šansu.⁴⁴ Smisao ugovaranja ovakve klauzule svakako da nije bio da se sudbina ugovora ostavi na volju dužniku, na njegovu milost ili nemilost, već da se poveriocu zagaranjuje veće pravo nego ono koje ima po samom zakonu.⁴⁵

Rano je u francuskoj teoriji prihvaćeno stanovište da u slučaju izričitih⁴⁶ raskidnih klauzula nema automatskog prestanka ugovora, te poverilac može zahtevati njegovo izvršenje. Štaviše, ističu pojedini pisci,⁴⁷ smatra se da ugovor proizvodi pravna dejstva sve dok poverilac *ne izjavi* da ugovor raskida. Praktično se, ostvarivanjem uslova predviđenih raskidnom klauzulom, samo aktivira poveriočevo pravo na raskid izjavom volje. Njegov je izbor da li će se tim pravom koristiti.⁴⁸

Imajući sve ovo u vidu, umesno je postaviti pitanje je koliko je opravdano raskidne klauzule uopšte poistovećivati sa raskidnim uslovima.

⁴² Katarina Dolović, “Zakonski raskid ugovora u evropskom ugovornom pravu”, *Harmonius – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, Beograd 1/2013, 54.

⁴³ G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, 132.

⁴⁴ Ima autora koji tvrde da su strane mogle, umesto da ugovore automatski prestanak, predvideti samo ovlašćenje da se, pod određenim okolnostima, raskine ugovor. - UNIDROIT Principles of international commercial contracts 2010, 170, <http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> 11.4.2016.

⁴⁵ Živojin Perić, *O ugovoru o prodaji i kupovini*, Beograd 1986, 546, 547.

⁴⁶ Francusko pravo poznaje i tzv. prećutne raskidne klauzule, regulisane čl. 1184 FGZ, koje u suštini predstavljaju zakonom zagaranтовано pravo poverioca da zahteva raskid ugovora, u slučaju da druga strana ne izvrši svoju obavezu. - G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, 84. Raskid je, međutim, kod prećutnih raskidnih klauzula, sudski, u čemu se ogleda najveća razlika, ne samo u odnosu na izričite raskidne klauzule, već i na raskidne uslove.

⁴⁷ G. Baudry-Lacantinerie, L. Barde, 132.

⁴⁸ Može se zamisliti eventualno predviđanje klauzule kojom se ne samo ugovor smatra raskinutim, nastupanjem određenih okolnosti, već se i poverilac lišava prava da zahteva izvršenje ugovora. Takva klauzula, međutim, ako se uopšte ugovara, izuzetko je retka. G. Baudry-Lacantinerie, 669-670. U svakom slučaju, u njoj bi se krio interes obe ugovorne strane.

Prećutne i izričite raskidne klauzule su u francuskom pravu dovedene u vezu sa raskidnim uslovima, jer je postojala potreba da se teorijski objasni i praktično omogućiti pravo na jednostrani raskid. Ipak, i sam zakonodavac, mada odredbu čl. 1184, kojom ih reguliše, smešta u deo u kome uređuje raskidne uslove, pravi jasnu razliku između jednostranog raskida i potestativnog raskidnog uslova.⁴⁹ Upravo ta činjenica, da je ova odredba strâna i potpuno neopravdano umetnuta u deo kojim se regulišu raskidni uslovi, razlog je zašto je u Prednacrtu Katala nema.⁵⁰

Vrlo se često može primetiti da se i u našoj sudskoj praksi dovode u vezu raskidne klauzule i raskidni uslovi, pripisujući, pritom, jednoj (uobičajene) osobine druge. Nekad se raskidne klauzule potpuno poistovećuju sa raskidnim uslovima, pri čemu se, ispunjenjem predviđenih okolnosti, smatra da je nastupio automatski prestanak ugovora,⁵¹ a nekada se, uprkos označavanju da je reč o raskidnom uslovu, smatra da je samo nastupio razlog za raskid, ne i automatski prestanak ugovora.⁵²

Na neophodnost njihovog razlikovanja, ukazuje više razloga.

Prvo, raskidni uslov jeste okolnost od koje zavisi *opstanak dejstava* pravnog posla, te je u najmanju ruku diskutabilno da li bi ta okolnost mogla biti sâmo dejstvo posla, tj. uredno ispunjenje ugovora. Okolnost kojom je modifikovan ugovor, mora biti takva da ga sleduje, da je nezavisna od sâmog ugovora i njegovog izvršenja. Bitan element ugovora ne može, ujedno, biti i uslov od koga zavise dejstva ugovora.⁵³ Ako bi se raskidna klauzula smatrala raskidnim uslovom, to bi dovelo

⁴⁹ Dragor Hiber, O pojmu otkaza ugovora sa trajnim izvršenjem, *Pravni život* br. 3-4/1995, Beograd, 57.

⁵⁰ Raskid je regulisan od čl. 1157 do 1160-1, ali nema upućivanja da je reč o prećutnom raskidnom uslovu. – Jean-Jacques Taisne, *Reforming the French Law of Obligations - Comparative Reflections on the Avant-projet de reforme du droit des obligations et de la prescription* ("the Avant-projet Catala"), John Cartwright, Stefan Vogenauer, Simon Whittaker (editors), Oregon, 2009, 595. Malcolm L. Monroe, The implied resolatory condition for non-performance of a contract, 12 Tul. L. Rev. 376 1937-1938, 379, HeinOnline, 9.4.2016.

⁵¹ Vid. Rešenje Višeg suda u Valjevu, Gž. 33/2011 od 19.1.2011 u kome se navodi "Naime, između stranaka je ugovoreno da ugovor prestaje onda kada tuženi kao osiguranik ne isplati tri uzastopne rate, a prema odredbi člana 74. stav 3. Zakona o obligacionim odnosima ugovor prestaje važiti kada se raskidni uslov ispuni (...)". Vid. i Presudu Višeg trgovinskog suda, Pž. 993/2008 od 13.3.2008, *ParagrafLex*, u kojoj stoji da je neizvršenje obaveze stečajnog dužnika ispunjenje raskidnog uslova.

⁵² Vid. Presudu Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1801/2005 od 7.9.2005, *ParagrafLex*, gde se raskidnom uslovu pripisuje takvo dejstvo da se njegovim ispunjenjem zapravo ostvaruju *zakonski uslovi za raskid*, čime se odstupa od automatskog dejstva ostvarenja raskidnog uslova. Vid. i Presudu Vrhovnog suda Srbije, Prev. 103/2005 i Pzz. 14/2005 od 3.11.2005, *ParagrafLex*.

⁵³ Tako, prodaja pod uslovom isplate cene ne može se smatrati uslovnom prodajom. Vid. Yvaine Buffelan-Lanore, Virginie Larribau-Terneyre, *Droit civil – Les obligations*, Paris 2014, 71.

do apsurdna: dužnik bi se, naime, obavezao da ugovor izvrši, ali ukoliko ga ne izvrši, zapravo, više ne bi ni bio vezan, jer je nastupio raskidni uslov! Ugovor zaključen pod uslovom da se izvrši ne može biti uslovni ugovor - tu ili nema ugovora ili nema uslova.

Drugo, uslov, po svojoj prirodi, mora biti buduća, *neizvesna* okolnost – teško da bi se mogao smatrati neizvesnim uslov čija je suština u izvršenju obaveze jedne ili druge strane.

Treće, možda i najvažnije, jedna od glavnih razlika između pravih raskidnih uslova i komisornih klauzula, prvenstveno se ogleda u njihovoj *funkciji*. Raskidnim uslovom se omogućuje da u ugovorno polje uđu motivi jedne od strana da zaključi ugovor, dok raskidna klauzula predstavlja način sankcionisanja ponašanja jedne od strana, njom se regulišu posledice *povrede* ugovora.⁵⁴ Prestanak ugovora usled ostvarenja raskidnog uslova nastupa bez obzira na to da li su strane i u kojoj meri izvršavale svoje obaveze. On nije sankcija povrede ugovora. Ista će posledica nastupiti i kada su se strane savesno izvršavale svoje obaveze i kada nijedna od obaveza nije izvršena. S druge strane, cilj raskidne klauzule nije modifikacija ugovora, već isključivo poboljšanje položaja poverioca u slučaju neizvršenja obaveze od strane dužnika.⁵⁵

Konačno, uslov karakteriše okolnost čije ostvarenje ili neostvarenje druga strana ne može prinudnim putem da zahteva – “uslov odgađa (dejstva ili prestanak ugovora, prim.aut.), ali ne sili”⁵⁶.

Pomenuti razlozi čine se dovoljnim da se zaključi da raskidne klauzule ne samo da ne bi trebalo smatrati izuzetkom od pravila da raskidni uslovi deluju trenutno, automatski, već njih ne bi ni trebalo smatrati *raskidnim uslovima*.⁵⁷ Raskidne klauzule su, zapravo, ili unapred definisani razlozi za jednostrani raskid ili okolnost koja ugovor čini fiksnim. I u jednom, i u drugom slučaju, poverilac ima pravo da zahteva izvršenje, te na taj način održi ugovor na snazi.⁵⁸

⁵⁴ Ova činjenica je dovoljna da objasni da je raskidna klauzula, po svojoj suštini, jednostrana, te se dužnik nikako ne bi mogao pozvati na činjenicu da su ispunjeni uslovi za prestanak ugovora. Vid. M. Latina, 455.

⁵⁵ M.L. Monroe, 379.

⁵⁶ Petar Klarić, Martin Vedriš, *Gradjansko pravo, Opći dio, stvarno pravo, obvezno i nasljedno pravo*, Zagreb 2009, 122.

⁵⁷ O mešanju uslova i sličnih odredaba ugovora v. S. Rowan, u S. VOGENAUER (ur.), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Oxford, 2015, 692.

⁵⁸ Isti su razlozi vodili i prof. Konstantinovića kada je u Skici za Zakonik o obligacijama i ugovorima predvideo da poverilac ima pravo da, po svom izboru, zahteva ispunjenje ugovora ili izjavi da ugovor raskida, čak i ako je ugovorom predviđeno da će se smatrati raskinutim ako ne

Određeni "potestativni raskidni uslovi" i mogućnost odricanja

U teoriji se, uobičajeno, navodi da je reč o potestativnim raskidnim uslovima onda kada je jednoj ili obema stranama dato pravo na odustanak od ugovora, kao što je to, između ostalog⁵⁹, slučaj i sa kupoprodajom sa pravom otkupa.⁶⁰ Oni se smatraju potestativnim raskidnim uslovima, jer do njihovog ostvarenja dolazi izjavom volje strane u čujem su interesu ugovoreni ili predviđeni.

Ono što, najpre, treba istaći jeste da je kod njih mogućnost odricanja, po prirodi stvari i načinu njihovog ostvarivanja, isključena nakon ostvarenja uslova. Strana, kojoj pripada pravo na odustanak ili otkup, može ga se, pre isteka roka za njegovo vršenje, odreći.⁶¹ Ali jednom kada da izjavu o odustanku ili otkupu, čime se ostvaruje uslov, ne može se odreći posledica takve izjave. Vršenje prava na odustanak ili otkup, definitivno je i neopozivo. Svako predomišljanje je, po prirodi stvari, isključeno, jer bi predstavljalo protivrečno ponašanje.

Međutim, pre nego potestativnom raskidnom uslovu, čini da se kod prava na odustanak i prava na otkup radi o preobražajnom pravu da učine kraj ugovoru. Gams je jedan od retkih autora koji ukazuju na to da, "ne postoji potestativan uslov kada je jednoj stranci u pravnom poslu rezervisana mogućnost da odustane od ugovora".⁶² Odricanje, u ovim slučajevima, nije odricanje od uslova, ili drugačije, prava da se pozovu na činjenicu ostvarenja uslova,⁶³ već odricanje od preobražajnog prava da se izjavom volje okonča postojeći ugovor.

bude izvršen u određenom roku. Vid. čl 94 Skice za Zakonik o obligacijama i ugovorima. Obligaciono pravo, Prema beleškama sa predavanja profesora dr. M. Konstantinovića, 1969, 73.

⁵⁹ Pravo na odustanak se ponekad predviđa i samim zakonom, što je slučaj sa pravom pošiljaoca ili putnika kod ugovora o prevozu (čl. 650 Zakona o obligacionim odnosima – ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, poslednje ismene u 31/93), nadležnog (čl. 765 ZOO), putnika i turističke agencije (čl. 877 i 895 ZOO), zajmoprimca (čl. 564 ZOO), potrošača (čl. 28 Zakona o zaštiti potrošača – ZZP, *Sl. glasnik RS*, br. 62/2014) itd.

⁶⁰ Đ. Pavlović, 77. Kod kupoprodaje sa pravom otkupa, prodavac zadržava pravo da otkupi stvar u određenom vremenskom periodu nakon zaključenja ugovora. Do ostvarenja raskidnog uslova dolazi jednostranom izjavom volje prodavca kojom raskida ugovor. Više u Slobodan Perović, *Obligaciono pravo*, Beograd 1980, 555 i dalje. Kupoprodaja sa pravom otkupa nije regulisana Zakonom o obligacionim odnosima, jer se u pravnom prometu nije javljala često. Odredbe o ovom modalitetu kupoprodajnog ugovora predviđene su i u čl. 590-598 Prednacrta Građanskog zakonika Republike Srbije.

⁶¹ Izuzetak čine samo one situacije gde je zakonom isključeno pravo na odricanje, kao što je slučaj sa pravom potrošača na odustanak od ugovora. Vid. čl. 3 ZZP.

⁶² Andrija Gams, *Uvod u građansko pravo*, Beograd 1990, 185.

⁶³ Ovo bi recimo bio slučaj kod pravih potestativnih raskidnih uslovima, kao što je uslov "ako se odselim". Odricanje od ovakvog uslova značilo bi, zapravo, odricanje od prava da se pozove na činjenicu preseljenja, koja je trebalo da dovede do prestanka ugovora.

Slično, potestativne raskidne uslove ne bi trebalo mešati ni sa pravom strana da ugovor sa trajnim izvršenjem otkazu.⁶⁴ Ranije se pravo na otkaz, kod trajnih ugovora, teorijski objašnjavalo fikcijom o prećutnom raskidnom (otkaznom) uslovu, koja se branila time da je vreme trajanja bitan element ugovora sa trajnim izvršenjem, pa stranke o njemu moraju postići saglasnost, bilo izričito bilo prećutno.⁶⁵ Imajući, međutim, u vidu nedozvoljenost "večitosti" trajnih ugovora, fikcija o prećutnom ugovaranju prava na otkaz ne samo da je nepotrebna (jer je on izričito predviđen zakonom), već, kao fikcija, u sebi sadrži i mogućnost odsustva takvog prećutnog ugovaranja, koja je protivna samoj logici trajnih ugovora.⁶⁶ Drugim rečima, ne samo da ugovaranje prava na otkaz nije neophodno⁶⁷, već se tu strane ne mogu, ni sporazumno, a kamoli jednostrano, odreći prava na otkaz. On se može definisati kao jednostrani akt i potestativno, preobražajno pravo, čvrsto inkorporisano u mehanizam ugovora.⁶⁸

MOGUĆNOST ODRŽAVANJA UGOVORA NA SNAZI U SRPSKOM PRAVU

Stav teorije, prakse i zakonodavca

Za razliku od francuske i anglosaksonske doktrine, naši autori se nisu bavili pitanjem dozvoljavanja mogućnosti odricanja od uslova.⁶⁹ Jedinii autor koji pominje mogućnost odricanja od raskidnog uslova je Đorđe Pavlović, navodeći da "ugovarač, u korist koga je ovaj uslov ugovoren, može ga se odreći, i strane se mogu saglasiti, da obveznost premda raskinuta, proizvede svoje dejstvo".⁷⁰ Pi-

⁶⁴ D. Hiber, *Prestanak stanarskog prava*, 310.

⁶⁵ Više o tome u D. Hiber, "O pojmu otkaza ugovora sa trajnim izvršenjem", 57.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ I bez izričite odredbe o pravu na otkaz se ne može dozvoliti da ugovorne obaveze neograničeno traju. D. Hiber, "O pojmu otkaza ugovora sa trajnim izvršenjem", 57.

⁶⁸ D. Hiber, *Prestanak stanarskog prava*, 312.

⁶⁹ Ipak, prisutne su ideje da je potrebna izjava o raskidu, lica u čijem je interesu raskidni uslov ugovoren. Tako, kod prodaje sa pravom traženja boljeg kupca, kod koga prodavac zadržava pravo da ugovor raskine ukoliko nađe bolju ponudu, na pitanje da li se ugovor smatra raskinutim samim postojanjem bolje ponude ili njenim prihvatanjem, izneto je stanovište da prodavac ima izbor da li će bolju ponudu da prihvati. Drugim rečima, nije dovoljno samo postojanje bolje ponude, pa da raskidni uslov bude ostvaren, već je potrebno da prodavac tu ponudu i prihvati. U tom slučaju, prodavac *jednostranom izjavom volje* raskida ugovor ukoliko se u određenom roku pojavi lice koje čini povoljniju ponudu. S. Perović, 576. Naime, bolji kupac ne znači nužno kupac koji nudi više. Bolja ponuda se može ogledati i u tome da se nudi brži način plaćanja cene ili je u pitanju kupac koji se smatra odgovornijim, u koga se ima više poverenja da će svoje obaveze ispuniti. Štaviše, bolja ponuda može značiti i nižu cenu, ali ujedno i lakše uslove za prodavca. – R. Zimmermann, 737.

⁷⁰ Đ. Pavlović, 88.

tanje, međutim, nije dublje analizirao - ne spominje se ni kakav bi značaj imala činjenica protivljenja saugovarača jednostranom odricanju druge strane nakon ostvarenja raskidnog uslova, kao ni da li do odricanja mora doći neposredno nakon ostvarenja uslova ili je takva mogućnost dozvoljena i u nekom kasnijem periodu. Ono na šta je skrenuta pažnja, a što predstavlja smernice u pogledu shvaćanja prirode odricanja, jeste da se mora voditi računa o interesima trećih: od činjenice da li se odricanjem škodi trećim licima ili ne, zavisi da li će se ono smatrati "potvrđivanjem" ugovora ili novim ugovorom.⁷¹ Mada razumljivo iz praktičnih razloga, ovakvom predlogu se može prigovoriti da je logički i pravnoteorijski neprihvatljivo: polazi se od posledice, da bi se utvrdilo dejstvo odricanja, koje bi, zapravo, trebalo da prethodi i određuje posledicu. Drugim rečima, odricanje bi moglo da znači i potvrđivanje ugovora i novi ugovor, zavisno od toga da li se može suprotstaviti trećem ili ne. Čini se da bi pitanje prirode odricanja i suprotstavljenosti trećima trebalo posebno posmatrati.

Kada je reč o našoj sudskoj praksi, ona nije ujednačena, ali treba pomenuti da je, stav sličan onom koji je iznela francuska sudska praksa, izneo i Vrhovni sud Srbije u jednoj svojoj presudi.⁷² U njoj je istaknuto da "ugovaranje raskidnog uslova daje mogućnost ugovornoj strani u čijem je interesu taj uslov konstituisan da ugovor raskine, *ako ne odluči da ugovor ostaje na snazi*", kao i da "raskidni uslov iz člana 74. ZOO nije razlog za ništavost ugovora, već eventualno može biti *razlog za raskid ugovora*."⁷³ (moje naznačavanje)

Opštim odredbama, predviđenim Zakonom o obligacionim odnosima,⁷⁴ zakonodavac je postavio samo osnove ovog vida modifikacije ugovora.⁷⁵ Njime nije regulisana mogućnost odricanja od uslova, ni pre, još manje nakon njegovog ostvarenja ili osujećenja. U članu 74 st. 3 Zakona o obligacionim odnosima, kojim se uređuju dejstva ostvarenja raskidnog uslova, stoji da ukoliko je ugovor zaključen pod raskidnim uslovom, ugovor prestaje važiti kad se uslov ispuni. Čini

⁷¹ *Ibid.*

⁷² Vid. Presudu Vrhovnog suda Srbije, Prev. 103/2005 i Pzz. 14/2005 od 3.11.2005. godine, *ParagrafLex*.

⁷³ Nije jasno da li je ovako uopšten stav o raskidnim uslovima Vrhovni sud izneo imajući u vidu samo raskidne klauzule ili je stav rezultat sveobuhvatne analize raskidnih uslova.

⁷⁴ Iako je uslov institut opšteg karaktera, te mu je mesto u Opštem delu građanskog zakonika, usled nepostojanja jedinstvene kodifikacije, materija uslova uređena je, prvenstveno, čl. 74-76 Zakona o obligacionim odnosima - ZOO, *Službeni list SFRJ*, br. 29/78, 39/85, 45/89-odluka USJ i 57/89, *Službeni list SRJ*, br. 31/93. Pored ZOO, odredbe o uslovu se mogu naći i u čl. 119-130 Zakona o nasleđivanju - ZN, *Službeni glasnik RS*, br. 46/95 i 101/2003-odluka USRS.

⁷⁵ Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, istovetnim odredbama ZOO, dodaje samo jedan- novi član o potestativnim uslovima. - Vid. čl. 74-77 Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije, druga knjiga, Obligacioni odnosi, Beograd, 2009.

se da jezik zakona upućuje na *ipso iure* dejstvo ostvarenja raskidnog uslova. Imajući ovo u vidu, ovakvom izjašnjavanju teorije i sudske prakse – pa i mogućnosti odricanja, uopšte - mogao bi se (ozbiljno) prigovoriti nedostatak zakonske utemeljenosti.

*Opravdanost ideje o dozvoljavanju mogućnosti odricanja
nakon ostvarenja uslova*

Ideja o dozvoljavanju mogućnosti sporazumnog, pa i jednostranog, odricanja nakon ostvarenja uslova mogla bi se podržati i opravdati iz više razloga.

Prvo, zadirući u smisao, ideju modifikacije ugovora, naročito onda kada se to čini u isključivu korist jedne strane, izneti stavovi su i više nego razumljivi. Uslov, odložni ili raskidni, ne ugovara se sa ciljem da se jednoj ili obema ugovornim stranama pravna pozicija oteža. Naprotiv. Njime se želi obezbeđivanje neke povoljnosti, privilegije koja im ne sleduje po redovnom toku stvari - mogućnosti da iz ugovora izađu, bez obzira na to što su uredno izvršavale svoje obaveze. Nesporo je da su uslovom modifikovani ugovori *per definitionem* neizvesni, ali je neizvesnost *sredstvo* kojim strane, ili samo jedna od njih, žele da pribave sebi neku dodatnu mogućnost, a ne *ograničenje* ili *cilj* sam po sebi. Drugim rečima, nije ideja, cilj strana, zaključenje aleatornog ugovora, prepuštanje sudbini, već otvaranje mogućnosti da ostvarenje te buduće, neizvesne okolnosti njima služi kao izlaz iz ugovora koji, potencijalno, ne bi zaključile da je takva okolnost postojala u trenutku zaključenja.

Drugo, značajno je ukazati da ideja “preživljavanja” ugovora nije nepoznata u našem pravu. Zakonodavac, u više navrata, predviđa prestanak ugovora po samom zakonu,⁷⁶ ali vodeći se idejom zaštite privatnih interesa, oštru sankciju “raskida ugovora po samom zakonu”, najčešće prati, pomalo kontradiktorno⁷⁷, mogućnost očuvanja ugovora, i to jednostrana.⁷⁸ Iz razloga pravne sigurnosti i izvesnosti, poveriocu se samo nameće dužnost da, ukoliko želi izvršenje obave-

⁷⁶ Vid. npr. odredbe ZOO o fiksnim ugovorima (čl. 125), o neispunjenju ugovora u naknadnom roku (čl. 491), o potpunoj evikciji (čl. 510) ili o prestanku neplaćanjem premije osiguranja (čl. 913). U ovim slučajevima se automatski prestanak ugovora vezuje za neispunjenje neke ugovorne obaveze.

⁷⁷ Postavlja se opravdano pitanje zašto je uopšte predviđena takva sankcija ukoliko je data mogućnost odstupanja od nje. Razlog, mada nedovoljno ubedljiv, može biti u pravnoj sigurnosti: ako poverilac ne izrazi svoju nameru da želi izvršenje ugovora, pretpostavlja se da ga dalje ne želi, te da svojom pasivnošću izražava stav o prestanku. O zakonskim raskidima više u K. Dolović, “Zakonski raskid ugovora u evropskom ugovornom pravu”.

⁷⁸ Tako, poverilac može održati fiksni ugovor na snazi, ako po isteku roka, bez odlaganja, obavesti dužnika da zahteva ispunjenje ugovora (čl. 125 ZOO). isto tako, uprkos neispunjenju ugovora u naknadnom roku, kupac može održati ugovor ako bez odlaganja izjavi to prodavcu (čl. 491

ze, dužnika o tome, bez odlaganja, obavesti.⁷⁹ Do automatskog prestanka ugovora, stoga, ne dolazi u svakom slučaju i neopozivo, već tek ukoliko poverilac ne pokaže nikakvu volju za očuvanjem ugovora.

Treće, čini se da automatski prestanak ugovora, bez ikakve mogućnosti da se on "spase", zapravo, jedino ima smisla onda kada su tangirani opšti interesi. Ugovorom predviđeni raskidni uslovi, međutim, nikada nemaju takvu funkciju. Onda kada postoji potreba zaštite širih interesa, "raskidni uslov" ili preciznije, okolnosti koje dovode do prestanka ugovora, naređeni su samim zakonom.⁸⁰ Ukoliko bi strane istu odredbu predvidele ugovorom, takav "uslov" "ne bi imao nikakvu ulogu koju ne vrši već sam propis".⁸¹ Zakonodavac, kada predviđa prestanak ugovora, najčešće to čini jer pretpostavlja volju ugovarača ili je želi potčiniti izvesnim ograničenjima.⁸² Ali se tek u ovom drugom slučaju, čini opravdanim da se ne dozvoli mogućnost drugačijeg ugovaranja, odstupanja od ovakve posledice, a kamoli održavanja ugovora na snazi.

Kada se dovode u pitanje samo privatni interesi, zaštita druge strane može se obezbediti na isti način na koji je to učinjeno kod zakonskih raskida: nametanjem dužnosti strani u čijem je interesu uslov ustanovljen da, ukoliko želi očuvanje ugovora - ili drugačije, ukoliko ne želi da se pozove na ostvarenje uslova - saugovarača o tome, bez odlaganja, obavesti.⁸³

ZOO). Ova mogućnost je isključena jedino kod potpune evikcije, opravdano pošavši od toga da poverilac tada nema apsolutno nikakav interes da ostane pri ugovoru.

⁷⁹ Obaveštavanje, pritom, ne mora biti izričito. Smatra se da je dovoljna i konkludentna radnja poverioca, kojom se nesumnjivo stavlja dužniku do znanja da se smatra da ugovor i dalje proizvodi svoja dejstva, npr. prijem i raspolaganje robom koja je isporučena nakon isteka fiksnog roka. – Vid. Bogdan Loza, Komentar ZOO, knjiga prva, Borislav Blagojević i Vrleta Krulj (redaktori), Beograd 1983, 390.

⁸⁰ Kao što je to bio slučaj sa prestankom stanarskog prava po sili zakona. Umetanje navodnika služi da se skrene pažnja da tu, zapravo, nije reč o pravom uslovu – on nije ugovornog, već zakonskog porekla.

⁸¹ Autor opisuje tzv. pravne uslove, pretpostavke za nastanak i punovažnost pravnog posla, ali se ista ideja može odnositi i na slučaj kada je samim zakonom predviđen prestanak ugovora. Vladimir Vodinelić, *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*, Beograd /2012, 437.

⁸² Đ. Pavlović, 61.

⁸³ U francuskoj teoriji ima predloga da se faza neizvesnosti produži i nakon ostvarenja uslova. U vezi sa tim, ističe se da druga strana neizvesnost može skratiti time što bi saugovaraču ostavila određeni rok da se izjasni da li će se pozivati na činjenicu da je došlo do ostvarenja ugovora. Jedan od predloga je i da se pasivno ponašanje strane u čijem je interesu uslov ustanovljen tumači kao prećutno odricanje. Vid. M. Latina, 457. Sličan stav deli i uporedna sudska praksa. Vid. R. Sharrock, 228.

SNEŽANA DABIĆ, LL.M.,
Assistant, Faculty of Law, University of Belgrade

THE WAIVER OF CONDITION SUBSEQUENT

Summary

This article deals with the possibility of unilateral or mutual waiver of condition subsequent, in order to prevent or remove the consequences of its realization, i.e. the termination of the contract. It is undisputed that the party for whose benefit the condition subsequent was inserted into the contract, could waive the (benefits of the realization of) condition subsequent before its realization. However, the views of the doctrine and jurisprudence are severely opposed when it comes to the question of waiver after the realization of the condition subsequent. In other words, could the contract survive the realization of condition subsequent? The author compares two lines of argument. On the one hand, the article regulating condition subsequent in Serbian law is interpreted so as to provide for *ipso iure* effect of the realization of the condition subsequent, which means that the parties are, not even mutually, let alone unilaterally, able to “revive” the terminated contract. On the other hand, the possibility of survival of the contract is already recognized in Serbian law; the true sense of conditions and the fact that its realization concerns predominantly private interests also seem to support the idea of survival of the contract.

REDOVNI SUDOVI KAO ČUVARI LJUDSKIH PRAVA U UGOVORIMA GRAĐANSKOG PRAVA

– Da li postoji tzv. “judikativni imperativ” čuvanja ljudskih prava
u obligacionim ugovornim odnosima?

U V O D

Ugovori građanskog prava (pravni poslovi – lat. *negotium, contractus*, nem. *Vetrag*, rus. *Договор*, šp. *contrato*, it. *contratto*) predstavljaju najodgovarajuće tehničko sredstvo za ostvarivanje privatne autonomije (grčki *autós* –sam + *nómos* –zakon)¹ – slobode ugovaranja.² Međutim, s druge strane, u pravnom poretku postoji takođe snažan zahtev za supremaciju ustava i za jedinstvo pravnog poretka (“*unity of the legal order*”), iz kojeg proizilazi takođe zahtev da se ustavna prava ostvare/obezbede u ugovornim pravnim odnosima građanskog prava (*lex contractus*),³ što s druge strane, istovremeno znači ograničavanje slobode ugova-

Dr Boštjan Tratar, docent Fakulteta za državne i evropske studije na Brdu kod Kranja i Evropskog pravnog fakulteta u Novi Gorici i generalni državni pravobranilac Republike Slovenije.

¹ Za razliku od *heteronomije* (grč. *heteros* –drugi + *nomos* –zakon) – reč je o vanjskom normativnom određenju, to jest po drugome uspostavljen red, zavisnost od zakona koje je uspostavio neko drugi.

² Vidi: Çiçek Ersoy Artunç, *Vertragsfreiheit als Erscheinungsform der Privatautonomie im deutschen Zivilrecht*, u: *Annales XL*, br. 57/2008, str. 295–320. Takođe: Dieter Floren, *Grundrechtsdogmatik im Vertragsrecht*, Spezifische Mechanismen des Grundrechtsschutzes gegenüber der gerichtlichen Anwendung von Zivilvertragsrecht, Duncker&Humblot, Berlin, 1999.

³ Uporedi: Hugh Collins, *The Impact of Human Rights Law on Contract Law in Europe*, u: Legal Studies Research Paper Series, Paper no. 13/2011, april 2011, <http://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=3591030991010061261191000070711260650>=pdf (28. 3. 2016), str. 1.

ranja – to se, međutim, ogleda naročito kod ostvarivanja načela jednakog tretiranja odnosno zabrane diskriminacije u svim civilnopravnim odnosima.⁴ Uporedivo se, međutim, i na evropskom nivou, pojavila težnja uneti “socijalni korektiv” u ugovorne odnose, što se 2004. godine izrazilo u manifestu evropskih pravnika o socijalnoj pravednosti – “*Social Justice in European Contract Law*”.⁵ Iz ustavnih prava te iz ustavnih načela trebalo bi da proizilaze temeljne vrednosti, koje treba ostvariti u čitavom pravnom poretku.⁶ Međutim, prema ovom stanovištu, ove vrednosti bi trebalo da utiču, kako na javno pravo, tako i na privatno pravo, budući da bi čitav pravni poredak trebalo da bude prožet jednakim temeljnim načelima.⁷

S obzirom na pomenuto, načelo poštovanja slobode (*libertas*) te dostojanstva (*dignitas*) pojedinca nisu relevantna samo za funkcionisanje/rad države (dakle za javno pravo – *ius publicum*), nego predstavljaju informaciju i smernice za svaku pravnu regulaciju u društvu, pa tako i za privatno pravo (*ius privatum*). Međutim, time granica između javnog i privatnog prava polako slabi.⁸ Naime, i ugovorno pravo (engl. *contract law*, nem. *Vertragsrecht*, it. *diritto di contratto*, fr. *droit de contracts*, šp. *derecho contractual*, rus. Договорное право) bi trebalo da uzima u obzir ustavna načela, kao što su npr. poštovanje slobode pojedinca, pitanje ljudskog dostojanstva itd.⁹ Govori se o nekoj vrsti ideje totalnog ustava (“total

⁴ Vidi detaljnije: Roman Lehner, *Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte*, Auch eine grundrechtliche Betrachtung des 3. und 4. Abschnittes des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§§ 19–23 AGG), Mohr Siebeck, Tübingen, 2013.

⁵ Uporedi: Thorsten Keiser, *Grundrechte als Schranken der Vertragsfreiheit in europäischen Privatrechtssystemen*, http://www.kritv.nomos.de/fileadmin/kritv/doc/Aufsatz_KritV_13_02.pdf (11. 6. 2016), str. 85. Uporedi: Marcin Szwed, *Constitutional protection of freedom of contract in the European Union, Poland and the United States and its potential impact on the European contract law*, u: [file:///Z:/Moji%20Dokumenti/Downloads/szwed_marcin%20\(9\).pdf](file:///Z:/Moji%20Dokumenti/Downloads/szwed_marcin%20(9).pdf) (9. 6. 2016).

⁶ Neki govore o specialnom “ustavnom pravu na pravedne ugovorne odnose” – “*Grundrecht auf einigermaßen faire Vertragsbeziehungen*”. Vidi detaljnije: B. Lurger, *Grundfragen des Vertragsrecht in der Europäischen Union*, Springer, Wien, New York, 2002, str. 242.

⁷ Vidi: H. Collins, *op. cit.*, str. 1 i: A. Barak, *Constitutional rights and Private Law*, u: D. Friedmann/ D. Barak-Erez (ured.), *Human Rights in Private Law*, Oxford Hart Publishing, London, 2001., str. 21–22. Takode: Deeksha Bhana, *Constitutionalising Contract Law: Ideology, Judicial Method and Contractual Autonomy*, Thesis, University of the Witwatersrand, May 2013.

⁸ Uporedi H. Collins, *op. cit.*, str. 14: “*The ancient battlements that strictly separated public law and private law are crumbling away.*”

⁹ Vidi: H. Collins, *op. cit.*, str. 1. Vidi detaljnije José Leyva Saavedra, *Autonomía privada y contrato*, u: *Revista Oficial del Poder Judicial*, br. 6,7/2010/2011, str. 272. “La libertad de las personas de darse su propia ley para regular sus relaciones privadas, considerada dentro de sus derechos fundamentales, y que encuentra su mejor plasmación en el contrato, no es ilimitada, pues cada ordenamiento jurídico establece, aunque de manera indirecta, los parámetros dentro de los cuales se

constitution”), koji bi trebalo da uspostavi koherentnost ljudskih vrednosti u čitavom pravnom poretku.¹⁰ Taj zahtev, međutim, kojeg je američki filozof *Ronald Dworkin* (1931–2013) nazvao kao celovitost (“*integrity*”), trebalo bi da bude nužan uslov za legitimitet u savremenim pravnim porecima. Različite grane prava, od javnog prava pa do privatnog prava, porodičnog prava, privrednog prava, dele, dakle, iste temelje, tj. ustavna prava i temeljna ustavna načela.¹¹

Ljudska prava, dakle, ne predstavljaju samo subjektivna prava (“*subjective rights*”), koja bi trebalo ostvariti tužbama u konkretnim sudskim sporovima, nego se smatraju i opštima načelima pravednosti (u tom je, naime, njihova tzv. *objektivna funkcija ljudskih prava*).¹² U toj poslednjoj funkciji, svoju ulogu imaju takođe u sudskim postupcima, ne baš kao direktna podloga za odluku o određenoj tužbi, zahtevu, nego kao pokazatelj određenog odlučujućeg vidika/pogleda/tumačenja u konkretnom slučaju – još uvek važi: “*scire leges non est earum verba tenere, sed vim ac potestatem*.” Međutim, kod sudskog odlučivanja, postoji posebno još i potreba u smislu legitimiteta sudske odluke, tj. da nađemo bilo koji argument da bi konačna odluka bila što je moguće pravednija (“*right*”).¹³ Pravna globalizacija je inače promenila interpretaciju legitimiteta. Načela su, s obzirom na proširenu primenu, postala sve više opšta u smislu da se primenjuju u čitavom *ius gentiumu*. U takvom sistemu su odluke koje su u vezi sa životom ljudi sve više suočene sa univerzalnim standardima legitimiteta, uključujući stare *regulae iuris* i savremena načela, sadržana u ljudskim pravima.¹⁴ U težnji, dakle, da se obezbede ljudska prava i zaštititi ljudsko dostojanstvo od svakojakih zloupotreba, takođe i

puede ejecer dicha autonomía. De esta manera, la autonomía encuentra su propia esfera o campo de actuación y, con ello, su propia fuerza autorregulatoria. La noción de autonomía lleva insito, pues, el concepto de límite. Se opera, con ello, un control de licitud y factibilidad de las operaciones negociales, llegando a prohibir todas aquellas prácticas que infrijan tanto normas legales imperativas como normas de orden público y de buenas costumbres; es decir, prácticas que vulneren preceptos que se imponen a la voluntad de las partes, de manera que deben ser necesariamente acatadas, excluyendo toda posibilidad de pacto en contrario; o actos que atenten contra preceptos, igualmente, imperativos, que salvaguardan los principios políticos, sociales, economicos y eticos fundamentales de un ordanimiento jurídico en un determinado momento histórico.”

¹⁰ Vidi: H. Collins, *op. cit.*, str. 2; M. Kumm, *Who is afraid of the Total Constitution, Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law*, 2006, u: *German Law Journal*, str. 341.

¹¹ Vidi: H. Collins, *op. cit.*, str. 2.

¹² Više o tome: Boštjan Tratar, *Objektivne funkcije ljudskih prava iz Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, u: *Pravni vjesnik*, br. 2/2015, str. 29–42.

¹³ Vidi: Bas de Gaay Fortman, *Human Rights as Regulae Iuris: An Inquiry into the Dialectic of Legality versus Legitimacy*, u: *European Review of Private Law*, 2/ 2002, str. 423.

¹⁴ Detaljnije: G. Fortman, *op. cit.*, str. 423, 424.

u ugovornim pravnim odnosima (npr. u obligacionom pravu), ogleda se činjenica, da ljudska prava nisu konceptualizovana samo kao subjektivna prava u konvencionalnom smislu, nego takođe i kao opšta načela pravednosti (kao neka vrsta prirodnog prava), koja imaju svoju značajnu ulogu kod sudskog odlučivanja (*"adjudication"*), dakle na način nekadašnjih *regulae iuris*,¹⁵ tj. kao temeljne interpretativne smernice (*"maximae propositiones"*) redovnim sudovima u primeni zakonskog prava te kod tumačenja ugovornog prava u smislu obezbeđenja pravednosti.¹⁶

Iz navedenog možemo uočiti da privatno pravo inače čuva neku samostalnost i autonomiju unutar pravnog sistema, međutim samo u meri u kojoj nisu povređena ustavna jemstva (privatnopravnih subjekata).¹⁷ Privatno pravo (i u tom smislu redovni sudovi u primeni i tumačenju zakonskog privatnog prava), naime, ne može zaobići odredbu o ustavnim pravima. Ideja konstitucionalizacije privatnog (naročito ugovornog) prava u tom smislu se zasniva na ideji da privatno pravo nije autonomni sistem pravnih odnosa privatnopravnih lica, nego da mora isto tako odražavati vrednosti, koje sadrži ustav. Privatnopravni odnosi su time izgubili imunitet od efekata ustavnih prava.¹⁸

Ako rezimiramo pomenuta razmišljanja, možemo potvrditi istinu da će biti slučajevi u kojima bi mogao redovni sud kod odlučivanja neposredno primeniti odredbu ustava srazmerno retki, budući da je uprkos tome, da je ustav neposredno primenjiv pravni izvor, većina njegovih odredbi nadgrađena zakonskim uređenjem. Za neposrednu primenu ljudskih prava u sudskom odlučivanju dolaze u obzir uglavnom ustavne odredbe procesne prirode.¹⁹

¹⁵ Vidi: B. de Gaay Fortman, *op. cit.*, str. 424.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Vidi detaljnije: Emmanuel Putman, *The horizontal application theory and its influence on the freedom of contract – a French point of view*, <http://www.saflii.org/za/journals/LDD/1998/15.pdf> (11. 6. 2016), str. 219–224. Vidi takođe: Claudia Madrid Martínez, *La libertad contractual: su lugar en el derecho Venezolano de nuestro tiempo*, u: <https://www.uma.edu.ve/admini/ckfinder/userfiles/files/LA%20LIBERTAD%20CONTRACTUAL.pdf> (9. 6. 2016), str. 1–31; Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Contrato y Libertad Contractual*, u: Themis 49, Revista de Derecho, str. 7–14; Dra Lidia M. R. Garrido Cordobera, *Las bases constitucionales del derecho de los contratos, Análisis crítico del alcance del principio de la autonomía de la voluntad: Limites*, file:///C:/Documents%20and%20Settings/Administrator/My%20Documents/Downloads/basesconstitucionalesdscontratos.pdf (11. 6. 2016).

¹⁸ Vidi: O. O. Cherednychenko, *op. cit.*, 2004, str. 1 i sl. Vidi pre svega slučaj nemačkog Saveznog ustavnog suda (BVerfG) od 19. 10. 1993, BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*).

¹⁹ Vidi: Franc Testen, *O nekaterih (ustavnopravnih) vprašanjih iz odločb prve stopnje*, u: Pravosodni bilten, Ljubljana, br. 1/2003, str. 59.

*Osvrt na proces konstitucionalizacije i materijalizacije
ugovornog građanskog prava u savremenim kodifikacijama građanskog prava*

Neki pravni teoretičari (kao što je npr. Keiser) u vezi sa promenama u oblasti ugovornog, pa takođe i civilnog prava u celini, pominju dva procesa – *materijalizaciju* i *konstitucionalizaciju* privatnoga prava.²⁰ *Konstitucionalizacija* znači pre svega, da mora npr. sadržaj ugovornih odredbi uzimati u obzir i poštovati ustavna prava/ustavno pravo ili je barem reč o prepletanju sa ustavnopravnim elementima, pri čemu konstitucionalizacija donosi nova načela, nove metode.²¹ S druge strane, *materijalizacija* znači prevazilaženje formalnog i unošenje (materijalnog) sadržaja i zahteva po pravednosti u samo pravna opredeljenja ljudskog slobodnog prostora delovanja/radnje. Time se često asocira na ostvarivanje stvarnih ciljeva i na primenu normi, usresređenu na konkretne potrebe. Često postoji veza između konstitucionalizacije – dakle načelne orijentacije na pravo višeg ranga (ustavna prava kao deo ustavnog prava) i materijalizacije privatnoga prava.²² Kod materijalizacije, reč je o ograničavanju ugovorne slobode ili o uspostavljanju ugovorne pravednosti, što je, međutim, imanentno već samom privatnom pravu – s obzirom na navedeno, u civilnom pravu pravimo razliku između *formalne* i *materijalne slobode ugovaranja*.²³

Instrumenti za obezbeđenje pomenutog su norme o zaštiti potrošača ili institut zloupotrebe prava. Međutim, teže je razlikovanje kod generalnih klauzula zbog njihove elastične funkcije između privatnog i ustavnog prava. Ako uzimamo u obzir da funkciraju generalne klauzule (odnosno pravni standardi) privatnog prava kao ulazna vrata (kapija) za ustavna prava, prema kontinentalnom poimanju, ona su elemenat konstitucionalizacije privatnog prava. Međutim, postoje li

²⁰ Vidi: Stefan Grundmann, *The Future of Contract Law*, u: ERCL, br. 4/2001, str. 490–527.

²¹ Vidi: T. Keiser, *op. cit.*, str. 86. Detaljnije takođe: César Landa Aroyo, *La constitucionallización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites*, Revista de derecho, Themis, br. 66/2014, str. 309–327.

²² Vidi: T. Keiser, *op. cit.*, str. 86.

²³ *Formalna privatna autonomija* jeste privatna autonomija u svom klasičnom poimanju, koja jemči slobodan prostor ponašanja/radnje u pravnom smislu, pri čemu se ne problematizuje stvarna pravna sloboda, tj. u kakvoj se meri može privatna autonomija, s obzirom na okolnosti te položaj strane u konkretnom slučaju, stvarno ostvariti. *Materijalna privatna autonomija*, međutim, uzima u obzir stvarne, realne mogućnosti ostvarivanja privatne autonomije. Materijalna privatna autonomija pokušava odgovarajućim pravnim mehanizmima prevazići formalnu materijalnu autonomiju, onoliko koliko je to praktički moguće i u pogledu pravnog poretka moguće s obzirom na ciljne konflikte. U tu svrhu potrebno je formalnu privatnu autonomiju više puta ograničiti, takođe pravnim normama. Međutim, materijalna privatna autonomija uvek pretpostavlja postojanje formalne privatne autonomije. Vidi detaljnije: Günther Hönn, *Zur Problematik der Privatautonomie*, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/text.php?id=147> (pristup 9. 4. 2016), str. 19.

alternative tome?²⁴ Pitanje ugovorne pravednosti i potreba ograničavanja slobode ugovaranja pojavilo se već mnogo ranije nego što su nastali ustavi i katalozi ustavnih prava, koji su relativno nova opcija,²⁵ npr. u rimskom pravu. Bitan faktor konstitucionalizacije ugovornog prava, odnosno procesa materijalizacije samog privatnog prava, jeste sudsko pravo, koje stvaraju redovni sudovi kod presuđivanja slučajeva – tzv. jurisprudencija (videti npr. poznate slučajeve: u Nemačkoj slučaj *Bürgschaft*,²⁶ u Ujedinjenom Kraljevstvu slučaj *Barclays' Bank plc v. O'Brien*,²⁷ u Holandiji *Van Lanschot Bankiers v. Bink*,²⁸ u Italiji slučaj *Fiuggi*,²⁹ u Irskoj slučaj *Educational Company of Ireland LTD v. Fitzpatrick*³⁰ i *Meskel v. Coras Iompair Eireann*³¹ itd.).³² No, ovo na neki način istovremeno predstavlja *evropeizaciju privatnog prava*.³³ Konstitucionalizirajući procesi biće u budućnosti sve značajniji.³⁴ Ka ustavnim pravima usmereno privatno pravo sve je više u prvom planu ako posmatramo aktuelne kodifikacije privatnog prava.³⁵ Tako, npr. savremeni rumunski Građanski zakonik (*Cod civil*) iz 2009. godine u jednom od početnih poglavlja “Opšti propisi” u članu 4. sadrži opredeljenje prema poštovanju ustavnih prava u civilnom pravu.³⁶ Naime, norme civilnog prava moraju biti u skladu sa ustavom, opštom deklaracijom ljudskih prava te sa međunarodnim ugovorima, koji vežu Rumuniju.³⁷ Pravo Evropske unije ima prioritet u poređenju sa domaćim kodifikacijama. Konstitucionalizacija civilnog prava centralna je težnja ove nove kodifikacije.³⁸

²⁴ T. Keiser, *op. cit.*, str. 86.

²⁵ T. Keiser, *op. cit.*, str. 86.

²⁶ BVerfGE 19-10-1993, BverfG 89, str. 214.

²⁷ [1994] 1 AC 180.

²⁸ Hoge Raad 1 June 1990, NJ 1991, 759.

²⁹ Cass. 20-4-1994, br. 3775, u: *Corriere giuridico* (1994, str. 566).

³⁰ Br. 2 – 1961 IR 345.

³¹ 1973, IR 121.

³² Maria Vittoria Onufrio, *The Constitutionalization of Contract Law in the Irish, the German and the Italian systems: is horizontal indirect effect like direct effect?*, u: *Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, br. 4/2007, str. 2–6.

³³ Chantal Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law*, Aalphen, 2008.

³⁴ T. Keiser, *op. cit.*, str. 97.

³⁵ T. Keiser, *op. cit.*, str. 97.

³⁶ T. Keiser, *op. cit.*, str. 98.

³⁷ T. Keiser, *op. cit.*, str. 98.

³⁸ Član 4. glasi: “CAPITOLUL I, Dispoziții generale, Art. 4 - Aplicarea prioritară a tratatelor internaționale privind drepturile omului (1) În materiile reglementate de prezentul cod, dispozițiile privind drepturile și libertățile persoanelor vor fi interpretate și aplicate în concordanță cu Con-

Još jasnije pozivanje na ljudska prava ima savremeni češki Građanski zakonik (Předpis č. 89/2012, Zákon ze dne 3. února 2012. – *občanský zákoník*).³⁹ U njemu se još na početku kodifikacije, postulira neka vrsta ustavnokonformnog tumačenja zakona.⁴⁰ Privatno pravo može se tumačiti samo u skladu sa katalogom ustavnih prava i sloboda, odnosno u skladu sa ustavnim pravom uopšte, temeljnim načelima na kojima temelji zakon te s obzirom na vrednosti koje bi time trebalo da budu zaštićene.⁴¹ Zatim slede brojne norme u jasnom tonu ustavnih prava, privatno pravo štiti slobodu, ljudsko dostojanstvo i pre svega težnju za srećom. Ustavno pravo *par excellence* Virdžinijske deklaracije prava iz 1776. godine, jedno od *archetyen* savremenog ustavnoga prava, stoji tu na prominentnom položaju u kodifikaciji privatnog prava.⁴² Zatim su nabrojana pravna dobra, na kojima temelji privatno pravo, tj. pravo na život, zdravlje, porodicu, čast, dostojanstvo, privatnu sferu itd., a takođe i zaštita maloletnika.⁴³ Međutim, o slobodi ugovaranja eksplicitno nema reči, samo opšte o slobodi, o vernosti dogovora i načelu *pacta sunt servanda*. Sloboda vlasništva se tretira kao načelo civilnog prava, ali nije više na prvom mestu.⁴⁴ Iz pomenutih odredbi možemo uočiti građanina, koji mobilizira

stituiția, Declarația Universală a Drepturilor Omului, pactele și celelalte tratate la care România este parte. (2) Dacă există neconcordanțe între pactele și tratatele privitoare la drepturile fundamentale ale omului, la care România este parte, și prezentul cod, au prioritate reglementările internaționale, cu excepția cazului în care prezentul cod conține dispoziții mai favorabile.”

³⁹ T. Keiser, *op. cit.*, str. 98.

⁴⁰ T. Keiser, *op. cit.*, str. 98.

⁴¹ Član 2. glasi: “§ 2 (1) Každé ustanovení soukromého práva lze vykládat jenom ve shodě s Listinou základních práv a svobod a ústavním pořádkem vůbec, se zásadami, na nichž spočívá tento zákon, jakož i s trvalým zřetelem k hodnotám, které se tím chrání. Rozejde-li se výklad jednotlivého ustanovení pouze podle jeho slov s tímto příkazem, musí mu ustoupit. (2) Zákonnému ustanovení nelze přikládat jiný význam, než jaký plyne z vlastního smyslu slov v jejich vzájemné souvislosti a z jasného úmyslu zákonodárce; nikdo se však nesmí dovolávat slov právního předpisu proti jeho smyslu. (3) Výklad a použití právního předpisu nesmí být v rozporu s dobrými mravy a nesmí vést ke krutosti nebo bezohlednosti urážející obyčejné lidské citění.”

⁴² T. Keiser, *op. cit.*, str. 98.

⁴³ Član 3. glasi: “(1) Soukromé právo chrání důstojnost a svobodu člověka i jeho přirozené právo brát se o vlastní štěstí a štěstí jeho rodiny nebo lidí jemu blízkých takovým způsobem, jenž nepůsobí bezdůvodně újmu druhým. (2) Soukromé právo spočívá zejména na zásadách, žea) každý má právo na ochranu svého života a zdraví, jakož i svobody, cti, důstojnosti a soukromí, b) rodina, rodičovství a manželství požívají zvláštní zákonné ochrany, c) nikdo nesmí pro nedostatek věku, rozumu nebo pro závislost svého postavení utrpět nedůvodnou újmu; nikdo však také nesmí bezdůvodně těžit z vlastní neschopnosti k újmě druhých, d) daný slib zavazuje a smlouvy mají být splněny, e) vlastnické právo je chráněno zákonem a jen zákon může stanovit, jak vlastnické právo vzniká a zaniká, a f) nikomu nelze odeprít, co mu po právu náleží. (3) Soukromé právo vyvěrá také z dalších obecně uznaných zásad spravedlnosti a práva.”

⁴⁴ Detaljnije: T. Keiser, *op. cit.*, str. 98.

sopstvene snage u težnji ka profitu i ka sreći i slobodi, ali to nije više temeljna značajna figura. To, o čemu se radi, jeste čovek u socijalnoj okolini i njegova apsolutna prava.⁴⁵

Međutim, postavlja se pitanje o strukturalnim posledicama takve temeljne/načelne orijentacije na evropske sisteme privatnoga prava, budući da će u toku internacionalizacije granica između javnog i privatnog prava, evropska temeljna prava nesporno dobiti na važnosti. Kod heterogenosti procesa konstitucionalizacije, čini se da je opštost očigledna – na mesto šeme načelne slobode ugovaranja i njenog ograničenja civilnopravnim granicama stupa konflikt između pravnih dobara, što dovodi do većeg značenja presuđivanja, vaganja. Međutim, to se procenjuje kontroverzno. Naime, *pesimisti ustavnih prava* boje se gubitka značenja slobode ugovaranja i gubitka pravne sigurnosti. *Optimisti ustavnih prava* pak uzimaju ustavno pravo (ustavna prava) kao normativni izvor snage za punjenje privatnog prava socijalnom energijom, koja se na privrednim slobodama sagrađenoj Evropskoj uniji tretira kao potrebna/nužna.⁴⁶ Istovremeno, rešenja, koja pokazuju načelnu/temeljnu dimenziju poteškoća, biće poverena konstitucionalizirajućim pretraživanjima odgovarajućeg pravnog rešenja. U tom smislu se ustavna prava u privatnom pravu smatraju kao indikatori za političke konflikte u privatnom pravu.⁴⁷

ULOGA SUDSKE GRANE VLASTI – “JUDIKATIVNI IMPERATIV” OSTVARIVANJA LJUDSKIH PRAVA

Kada redovni sud traži rešenje nekog civilnog slučaja koji ima ispred sebe, oslanja se na zakon. Međutim, pri tom mora uzimati u obzir zakonodavčevo vrednovanje i sa njegove strane sprovedeno vaganje dobra. Zakonodavac je, naime, onaj koji uz uzimanje u obzir načela privatne autonomije, kao jednog od temeljnih načela privatnog prava, unosi u civilnopravno uređenje još ostala razmatranja, koja npr. proizlaze iz načela socijalne države. Samo u slučaju kada zakonske norme nije moguće tumačiti u skladu sa odredbama o ustavnim pravima, sudija može primeniti ustavnu odredbu neposredno. Otvorenost civilnopravnog uređenja (npr. generalne klauzule, neodređeni pravni pojmovi) sudu u načelu omogućava da tumačenje zakonske odredbe prilagodi (promenjenim) vrednosnim polazištima, koja proizlaze iz ustava.⁴⁸ Stoga, odluka suda u ustavnorelevantnim slučajevima biće kombinacija razmišljanja/stavova koji proizlaze, kako iz zakona,

⁴⁵ Vidi: T. Keiser, *op. cit.*, str. 98, 99.

⁴⁶ T. Keiser, *op. cit.*, str. 99.

⁴⁷ Vidi: T. Keiser, *op. cit.*, str. 99.

⁴⁸ Uporedi: Breccia, *Clausole generali e ruolo del giudice*, u: Lavoro e diritto, 2007, str. 4.

tako i iz ustava. Međutim, u retkim slučajevima kada to nije moguće, sud mora sačekati na ustavnosudsku presudu zakona.⁴⁹

Dužnost svake državne vlasti (koja se prema načelu deobe vlasti deli na zakonodavnu, izvršnu i sudsku granu vlasti) da štiti ustavna prava (jemstva) od ugrožavanja ili kršenja (zadiranja) od strane trećih osoba, obavezuje i *sudsku granu vlasti – judikativu*.⁵⁰ Reč je, međutim, o tzv. *ustavnim zaštitnim dužnostima države*⁵¹, neki to nazivaju i *sudskim zaštitnim dužnostima* (*„judikative Schutzpflichten“*).⁵² Međutim, pritom valja napraviti razliku između njenog sopstvenog tj. formalnog i materijalnopravnog ostvarivanja dužnosti zaštite ustavnih prava od strane sudova s jedne strane, i procesnog ostvarivanja zaštitnih zahteva protiv ostale dve grane državne vlasti s druge strane (tj. sudska kontrola ostvarivanja zaštite ustavnih prava od strane zakonodavne i izvršne grane vlasti).⁵³ Naime, sudovi moraju u okviru delatnosti sudske prakse uzimati u obzir dužnosti za-

⁴⁹ Vidi detaljnije R. Lehner, *op. cit.*, str. 63 i sl. On navodi, npr. (str. 82): „Grundsätzlich sind Grundrechtliche Schutzpflichten also auch im rechtsgeschäftlichen Bereich anwendbar. Die Judikatur des Bundesverfassungsgerichts zum Schutz des Vertragsschwächeren lässt zwar Deutungen in die schutzpflichtrechtliche wie in die sozialstaatsbezogene Richtung zu. Überzeugender sind aber die Argumente zugunsten eines auch rechtsgeschäftliche Beziehungen umfassenden Schutzpflichtenansatzes. Soweit in concreto die Vertragsfreiheit einer Partei in übergriffsähnlicher Weise gefährdet ist, ist infolge aktualisierter Schutzpflichten zur Sicherung der grundrechtlichen Freiheit per Schutzeingriff eine Korrektur des Vertragsinhalts, mithin ein Eingriff in die Vertragsfreiheit des Vertragsstärkeren, vorzunehmen.“

⁵⁰ Uporedi: Lichun Tian, *Objektive Grundrechtsfunktionen im Vergleich, Eine Untersuchung anhand des Grundgesetzes und der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Duncker&Humblot, Berlin, 2012, str. 114.

⁵¹ Nem. Grundrechtliche Schutzpflichten des Staates, engl. state duty to protect constitutional rights, fr. le devoir de protection de l'Etat, it. dovere di protezione, šp. obligaciones de protección, deber de protección de los derechos constitucionales, portugalski deveres estatais de tutela, deveres de proteção do Estado.

⁵² Vidi: J. Dietlein, *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker&Humblot, Berlin, 1992, str. 72.

⁵³ Uporedi: Patricia Egli, *Drittwirkung von Grundrechten*, Schulthess, Zürich, Basel, Genf, 2002, str. 326. Sudska grana vlasti ima, dakle, dopunski zadatak ispunjavanja ustavnih dužnosti zaštite ljudskih prava – mora presuđivati jesu li zakonodavna i izvršna grana vlast ispunile svoju dužnost zaštite ljudskih prava. Međutim, ako sudska grana vlasti to ne utvrdi, time krši sama svoju ustavnu dužnost zaštite ljudskih prava. Vidi i: Johannes Dietlein, *op. cit.*, str. 72: „Für die Rechtsprechung schliesslich sind die grundrechtlichen Schutzpflichten überwiegend keine Handlungs-, sondern Kontrollnormen, die entweder unmittelbar oder mittelbar in ihrem jeweiligen gesetzlichen Medium zum Maßstab für die Rechtmäßigkeit des Schutzhandelns der anderen staatlichen Gewalten werden. Nichtsdestoweniger können grundrechtliche Schutzpflichten – insbesondere soweit es um die Durchführung gerichtlicher Handlungen geht – auch für die Rechtsprechung zu Handlungs- oder auch Unterlassungspflichtne werden. So etwa, wenn die Handhabe der Sicherheit im Gerichtssaal oder die Sicherung von bedrohten Zeugen in Strafprozessen in Rede steht.“

štite ustavnih prava kao merilo u sudskom odlučivanju. Dužnosti zaštite ustavnih prava u tom slučaju imaju funkciju tzv. *smernica odlučivanja* ("*Entscheidungsrichtlinien*"), koja označava smer tumačenja i primene pojedine odredbe u konkretnom slučaju.⁵⁴ Sud mora dužnost zaštite ljudskih prava ostvarivati ustavno-konformnim tumačenjem te primenom zaštitnih odredbi zakonodavca. Pre svega se smernice dužnosti ustavnih prava odnose na zakonodavca, međutim, sudska grana vlasti ih može u načelu realizovati samo kroz ustavno-konformna tumačenja i primenjivanjem zakonskih odredbi.⁵⁵ Uglavnom će ostvarivanje dužnosti zaštite ustavnih prava sudske grane vlasti s obzirom na navedeno slediti ustavno-konformnom tumačenju generalnih klauzula i neodređenih pravnih pojmova. Ako sudska grana vlasti generalne klauzule (npr. načelo savesnosti i poštenja u pravnom prometu (*bona fides*), zabrana zlouporabe prava, načelo jednake vrednosti uzajamnih davanja itd.) i neodređene pravne pojmove (npr. nezahvalnost, ružno ponašanje (*contra bonos mores*), pojam dobrog poslodavaca, opasna delatnost) privatnog prava tumači/interpretira ustavno-konformno (u skladu s ustavom), to ostvarivanje dužnosti zaštite ustavnih prava odgovara maksimi posrednog *drittwirkung* ("trećeg dejstva") ustavnih prava.⁵⁶

No, sudska grana vlasti mora ustavnopravnu zapovedanu opsežnu zaštitu ustavnih prava osigurati u onim slučajevima kada ne postoje generalne klauzule ili neodređeni pravni pojmovi, tj. u slučaju pravnih praznina zakonodavne grane vlasti. Naime, sudska grana vlasti mora u okviru ispunjavanja pravnih praznina, odnosno kod tvorbe sudskog prava, uzimati u obzir uticaj dužnosti zaštite ustavnih prava.⁵⁷ Prema tome, ustavne zaštitne dužnosti mogu imati značenje u slučaju konkretne dužnosti delovanja, a takođe i u slučaju propuštanja sudske grane vlasti. Tako je, npr. u slučaju, kada moraju sudovi da preduzimaju mere za sprovođenje sigurnosti u sudskoj dvorani ili na primer u slučaju osiguranja svedoka kojima prete, a koji su u krivičnom ili upravnom postupku. Međutim, ostvarivanje zaštitnih dužnosti sudova može s druge strane služiti procesnom ostvarivanju dužnosti zaštite ustavnih prava nasuprot ostalim granama državne vlasti, tj. zakonodavne i izvršne.⁵⁸

⁵⁴ Vidi: P. Egli, *op. cit.*, str. 326.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Međutim, nemački Savezni ustavni sud je istakao da sudska delatnost ne znači samo spoznavanje zakonodavčevih normi i izricanje sudskih odluka, nego je zadatak sudske prakse takođe i realizacija vrednosnih predstava u odlukama, koje su imanentne ustavnom pravnom poretku, koje, međutim, u tekstu zakona ne dolaze do izražaja ili možda samo nepotpuno. Vidi: Boštjan Tratar, *Sodnikovo oblikovanje prava*, u: Pravosodni bilten, Ljubljana, 1997, str. 121. Vidi takođe: Langner, Thomas, *Die Problematik der Geltung der Grundrechte zwischen Privaten*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1998., str. 158–162.

⁵⁸ Vidi: P. Egli, *op. cit.*, str. 327.

Zadatak sudske grane vlasti je da pazi na realizaciju ustavnih dužnosti zakonodavne i izvršne grane vlasti za zaštitu ljudskih prava. Sudovi moraju imati zadatak pravne kontrole pitanja, postoji li (uopšte) podnesak za zaštitu prava pojedinca za određeno (ustavno) pravo, odnosno jesu li državne grane vlasti u dovoljnoj meri ispunile svoje zaštitne dužnosti i kako bi se, međutim, trebalo odazvati na nedovoljnu zaštitu.⁵⁹ Sudska grana vlasti mora takođe proverom ostvarivanja ustavnih zaštitnih dužnosti od strane druge dve grane vlasti ostvarivati svoju dužnost zaštite ljudskih prava od ugrožavanja ili kršenja (zadiranja) od strane trećih osoba. Ustavne zaštitne dužnosti u tim slučajevima deluju kao neka vrsta tzv. kontrolne norme koje neposredno ili posredno služi kao merilo za zakonitost zaštitnog ponašanja druge dve grane državne vlasti, tj. zakonodavne i izvršne. Međutim, kao svaki državni organ, i sudska grana vlasti u okviru ostvarivanja dužnosti zaštite ustavnih prava mora da se orijentiše prema kriterijumu delotvornosti.⁶⁰

OSVRT NA INSTITUCIONALNU ULOGU REDOVNIH SUDOVA U POGLEDU NA OBEZBEĐIVANJE LJUDSKIH PRAVA

Teoretski se sistemske dužnosti sudske grane vlasti da obezbeđuje ustavna prava u ugovornim odnosima oslanjaju na *objektivno-pravno poimanje ustavnih prava*. To je našlo svoj izraz i u slovenačkom pravnom poretku u odredbi prve rečenice prvog stava člana 5. Ustava Slovenije – dužnost ostvarivanja ustavnih prava. Prema tome, celokupno delovanje sudske grane vlasti mora biti usmereno ka tome da se osigura što je moguće opsežnija zaštita ustavnopravnih jemstava (ustavnih prava) od ugrožavanja ili kršenja (povrede) od strane trećih osoba – dakle, i u ugovornim odnosima građanskog prava.

Sudska grana vlasti ima u konkretnom slučaju ograničen prostor slobodne procene u onoj meri koliko se od nje zahteva da se ustavnopravno zajamčena pravna dobra efikasno zaštite, odnosno da se zaštitna dužnost delotvorno ispuniti određenim odgovarajućim (ograničenim) sredstvima. Međutim, takođe valja uzeti u obzir da nadležnost nadzora sudske grane vlasti u odnosu na druge dve grane državne vlasti (zakonodavna i izvršna) kod osiguravanja ustavnih zaštitnih dužnosti može biti, zbog načela deobe vlasti, ustavnopravno ograničena (ograničen ustavnosudski nadzor). Reč je, međutim, o konkretizaciji načela deobe vla-

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ Ibidem. Videti detaljnije takođe: Walter H. Vásquez Rebaza, *Contrato, autonomía privada e intervención de la justicia constitucional*, *Algunos apuntes sobre una relación compleja*, Gaceta Constitucional, br. 69/2013, str. 221–234.

sti (drugi stav člana 3. Ustava Slovenije).⁶¹ Naime, sudska grana vlasti ne može se podići iznad zakonodavne grane vlasti.⁶² Međutim, kod konkretizacije dužnosti zaštite ustavnih prava sudske grane vlasti ipak valja uzeti u obzir da je istaknutost sudskih organa relativizovana, s obzirom na sistem koncentrisane ustavnosudske procene zakona.

Prema članu 156. Ustava Slovenije, (redovni) sud mora kod odlučivanja ako je mišljenja da je zakon koji treba promeniti protiustavan, postupak prekinuti i pokrenuti postupak ispred Ustavnog suda, ali postupak ispred suda se nastavlja tek nakon odluke Ustavnog suda. Reč je o logičnoj posledici člana 125. Ustava Slovenije, prema kome su sudije pri obavljanju sudske funkcije vezani na Ustav i zakon.

Ustavni sud Slovenije u odluci br. Up-57/95 od 7. 7. 1995.⁶³ naveo je da odredba člana 125. Ustava zahteva od sudova pridržavanje zakona, sve dok oni nisu poništeni. Ista odredba takođe sprečava odlučivanje mimo zakona ili protiv njega.⁶⁴ Drukčija interpretacija prvog stava člana 15. Ustava bila bi suprotna i ustavnom načelu deobe vlasti, jer bi vodila do zaključka da sudska vlast u svom radu ne bi bila dužna postupati prema zakonima, koje je u obavljanju svo-

⁶¹ Međutim, pitanje ispunjavanja pravnih praznina od strane sudske grane vlasti valja presuđivati s aspekta načela deobe vlasti. Teorija pravi razliku između područja zadiranja (*Zugriffsbereich*) i područja zadržane kompetencije (*Vorbehaltsbereich*) pojedine grane vlasti. Područje zadržane kompetencije obuhvata onaj deo državne vlasti, koji po Ustavu nesporno pripada određenoj grani vlasti – reč je o onom području, koje je nužno zadržano samo određenoj grani vlasti, koje je dakle suštinsko za svaku pojedinu granu vlasti. Područje zadiranja, naime, predstavlja maksimalan opseg zadataka pojedine grane vlasti, koji bi ona mogla još obavljati, a da time ne zadire u drugu granu vlasti. Područje zadiranja pojedine grane vlasti je ograničeno područjem pridržanim drugom granom vlasti. U širokom polju međuprostora tj. između područja pridržanog i područja zadiranja je zakonodavna grana vlasti opravdana, a istovremeno i obavezna da oblikuje kompetentne odnose među pojedinim granama vlasti na način da nije ugrožena suština načela deobe vlasti i da ne zadire u pridržano područje pojedine grane vlasti. Navedeno po: Tratar, B., *op. cit.*, str. 122.

⁶² No, neki naglašavaju da kad sudovi prelivaju ustavne vrednosti u privatnopravne odnose (tzv. *konstitucionalizacija privatne sfere*) tada je reč o *pomaku načela deobe vlasti u korist sudske grane vlasti*. Vidi: R. Uitz, Sajo, A., *The constitution in private relations: expanding constitutionalism*, Eleven International Publishing, Utrecht 2005., str. 16. U slučaju kada se radi o ustavnom sudstvu, govori se takođe o tzv. "paradoksu" ustavno-parlamentarne demokratije. Vidi: M. Avbelj, *(Ne)demokratičnost ustavosodnih odločb*, Ljubljana 2003, str. 747–766; A. Teršek, *Ustavna demokracija in konstitucionalizem; (evropska) izhodišča in onkraj njih*, Ljubljana 2004, str. 451–474; A. Teršek, *Za reformo ustavosodne politike*, 2007, str. II–VI; M. Avbelj, *Na spolzskem robu ustavnega fetišizma*, Ljubljana 2007, str. 18–19.

⁶³ Vidi odluku OdlUS IV, 133.

⁶⁴ Navedeno prema: F. Testen, komentar uz član 156. Ustava, u: L. Šturm (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Ljubljana, 2002, str. 1049.

jih ustavnih zadataka, tj. ustavnih zaštitnih dužnosti iz člana 15. Ustava prihvati-la zakonodavna grana vlasti.⁶⁵ Pomenuta odredba člana 156. Ustava ne dozvoljava sudovima da zakone definišu kao neobavezne ili da ih ne primenjuju pozivajući se na neustavnost, nego sudovi moraju da zahtevaju procenu saglasnosti zakona s Ustavom ispred Ustavnog suda. Navedeno se ne može tretirati kao da sudovi ovde ne primenjuju Ustav. Naime, u suštini je ovde reč o njihovoj kontrolnoj funkciji, kada od Ustavnog suda zahtevaju utvrđivanje da li je zakonodavna grana vlasti ispunila svoje ustavne zaštitne dužnosti.⁶⁶

Međutim, i *Testen* je mišljenja da sudija redovnog suda primenjuje Ustav uvek i tada kada prema članu 156. Ustava prekida postupak i zbog eventualne protiustavnosti zakona pokrene postupak ispred Ustavnog suda. Sudija može sam ili pak na temelju navođenja stranaka u postupku doći do uverenja da je zakon, koji bi trebalo da primeni, protiustavan. Razloge za takav stav sud će utemeljiti u zahtevu, koji će prema petoj alineji prvog stava člana 23. slovenačkog Zakona o Ustavnom sudu podneti Ustavnom sudu.⁶⁷ Ako zakon ustavnim pravima (ustavnim jemstvima) ne osigurava efikasnu zaštitu od kršenja ili ugrožavanja od strane trećih osoba, Ustavni sud može utvrditi protiustavnost i od zakonodavca zahtevati da osporeni zakon promeni.

Za delotvorno ostvarivanje ustavnih zaštitnih dužnosti države je istaknuto pre svega da Ustavni sud zakone ocenjuje i u pogledu saglasnosti s Evropskom konvencijom i da u slučaju ako postoji kršenje Evropske konvencije takođe preduzme mere.⁶⁸ Takva je praksa utemeljena naročito u slučaju kada međuna-

⁶⁵ Tako: F. Testen, *ibid.*, str. 1049.

⁶⁶ Uporedi: P. Egli, *op. cit.*, str. 327.

⁶⁷ Navedeno po: F. Testen, *O nekim (ustavnopravnih) vprašanjih iz odločb prve stopnje*, str. 62 i sled.

⁶⁸ Kod presuđivanja Zakona o upravnom sporu u vezi s pravom na suđenje u razumnom roku u predmetu br. U-I-65/05 od 22. 9. 2005 (Uradni list RS, br. 92/2005 i OdlUS XIV, 72) Ustavni je sud proizilazio takođe iz prvog stava člana 6. Evropske konvencije. Ustavni je sud naveo da mora kod procene osporenih odredbi Zakona o upravnom sporu uzimati u obzir i jurisprudenciju Evropskog suda, prema kojoj je delotvorna sudska zaštita prava na suđenje u razumnom roku osigurana tek ako sadrži i zaštitu koja pruža primernu naknadu (satisfakciju), koju bi trebalo da dobije onaj, kome je bilo pravo kršeno u već završenom postupku. Uz to mora uzeti u obzir i peti stav člana 15. Ustava, prema kome nijedno ljudsko pravo ili temeljnu slobodu, uređenu u pravnim aktima, koji važe u Sloveniji (takav pravni akt je i Evropska konvencija), nije dopušteno ograničavati opravdanjem da ga slovenački Ustav ne priznaje ili da ga priznaje u manjoj meri. S obzirom na jurisprudenciju Evropskog suda, Ustavni sud je četvrti stav člana 15. Ustava tumačio na način da iz njega proizilazi zahtev prema kojem mora biti u okviru sudske zaštite prava na suđenje bez nepotrebnog odugovlačenja osigurana i mogućnost ostvarivanja pravedne naknade (satisfakcije) u slučajevima, kada je kršenje već prestalo. ... Ustavni je sud utvrdio da Zakon o upravnom sporu, koji inače u pogledu na drugi stav člana 157. Ustava uređuje sudska zaštitu prava na suđenje bez zakašnjenja, ne sadrži posebne, prirodi raspravljanog prava prilagođene odredbe, koje bi omogućavale ostvarivanje

rodonpravni akti (npr. Evropska konvencija o ljudskim pravima) zahtevaju viši stepen zaštite ljudskih prava. Time dakle i Ustavni sud doprinosi ostvarivanju ustavnih zaštitnih dužnosti države, jer na kraju krajeva već iz prvog stava člana 1. Zakona o Ustavnom sudu proizilazi da je Ustavni sud "*najviši organ sudske vlasti za zaštitu ... ljudskih prava i sloboda*". U tom pogledu, Ustavni sud može upozoriti na nedovoljno osiguranje međunarodnopravne zaštite ustavnih jemstava od kršenja ili ugrožavanja od nedržavnog područja i time pobudi donošenje novih ili poboljšanje postojećih zakonskih propisa. No, to je Ustavni sud Slovenije na neki način učinio odlukom u predmetu br. Up-555/03 i Up-827/04 od 6. 7. 2006. kada je, na osnovu člana 13. Evropske konvencije u vezi sa četvrtim stavom člana 15. Ustava te na osnovi jurisprudencije Evropskoga suda, sproveo pravo na nezavisnu pretragu i time posegao za tzv. minimalnim evropskim standardima zaštite ljudskih prava i sloboda, jer Slovenija u navedenom pogledu ne jemči nivo zaštite određene Evropskom konvencijom.⁶⁹ Takva mogućnost Ustavnog suda dolazi u obzir u slučajevima kršenja onih ustavnih prava, koja jamči Ustav ili Evropska konvencija.⁷⁰

Međutim, s druge strane, sudska grana vlasti ima mogućnost da uzima u obzir ustavnopravna načela i time ustavne zaštitne dužnosti u okviru *tumačenja (interpretacije)* odnosno konkretizacije. U okviru tumačenja zakonodavstva, sudovi moraju da daju prednost Ustavu i time određenim ustavnim pravima. Ako postoji više mogućih tumačenja zakonske odredbe, sudska grana vlasti mora izabrati onu koja istinito najbolje odgovara zahtevama Ustava. Sudovi imaju čak i mogućnost udaljiti se od jasnog teksta Ustava ako za to postoje bitni razlozi (ako se ne udalje od stvarne namere odredbe).⁷¹ Međutim, Ustav zapravo ne sprečava sudsku granu vlasti da ustavno-konformnim tumačenjem ne proširi domet nekog zakona ili ga možda čak njegovim tumačenjem preinači da bi time ponudila efi-

pravednog zadovoljenja (satisfakcije) u slučaju kada je kršenje prava na suđenje u razumnom roku prestalo, nije u suglasnosti sa četvrtim stavom člana 15. Ustava u vezi s prvim stavom člana 23. Ustava.

⁶⁹ Vidi pre svega izdvojeno odobravajuće mišljenje sudije dr. Ribičiča uz navedeni predmet. Uradni list RS, br. 78/2006.

⁷⁰ Uporedi izlaganje Ustavnog suda u slučaju gde je na temelju člana 13. Evropske konvencije i četvrtog stava člana 15. Ustava (kao ustavno pravo) utemeljilo pravo na nezavisnu pretragu okolnosti događaja (odluka u predmetu br. Up-555/03 i Up-827/04 od 6. 7. 2006 (Uradni list RS, br. 78/2006)). O standardima zaštite prava videti više: C. Ribičič, *Uveljavljanje evropskih standardov v praksi slovenskega Ustavnega sodišča*, Ljubljana 2004., str. 69–83 i C. Ribičič, *Vpliv sodišča Evropskih skupnosti na varstvo človekovih pravic v domačem ustavnem sistemu*, Ljubljana, 2005, str. 996–979.

⁷¹ Uporedi: P. Egli, *op. cit.*, str. 331 s pozivanjem na predmete švajcarskog Vrhovnog suda: BGE 95 I 330, 332; BGE 122 III 469, 474; BGE 119 Ia 241, 248; BGE 111 Ia 292, 297; BGE 125 II 417, 424.

kasnu zaštitu ustavnih prava od ugrožavanja ili kršenja (povrede) od strane trećih osoba.⁷²

U tom pogledu i *Testen* navodi da moraju svi sudovi primenjivati Ustav kao neposredni pravni izvor za tumačenje "običnog" prava: zakona i podzakonskih propisa.⁷³ Pri tome je istakao odluku Ustavnog suda u predmetu br. Up-32/94, u kojoj je sud naveo *da sudovi u svom radu moraju neprestano imati pred očima i odredbe o ljudskim pravima i temeljnim slobodama* te odluku u predmetu br. Up-74/95, u kojoj je sud naveo: "... ako nedovoljno ili možda čak delimično protustavno zakonsko uređenje sudovima ne zabranjuje da u konkretnim slučajevima oštećenima ipak osiguraju sudsku zaštitu navodno kršenih ustavnih prava, oni su ipak to uprkos tome, naravno, dužni osigurati". Iz odluke Ustavnoga suda u predmetu br. Up-34/93 proizilazi takođe da sudija mora postupati u saglasnosti sa zakonom, ali nijednu zakonsku odredbu ne sme primeniti ili tumačiti na način da time krši ustavna prava stranaka u postupku.⁷⁴ Međutim, u vezi s navedenom temom, *Testen* upozorava na interpretativne odluke Ustavnoga suda, tj. one odluke, koje donese Ustavni sud u postupku apstraktne procene propisa u slučaju kada utvrdi da se propis (može) u praksi primenjivati, odnosno tumačiti na više načina, od kojih je samo jedan koji nije u neskladu sa Ustavom.⁷⁵

Sudska grana vlasti može takođe zakone, koji sadrže pravne praznine, dopuniti u pogledu sudskog prava u saglasnosti s ustavnopravnom zahtevom osiguravanja pravne zaštite. U slučaju pravnih praznina, odnosno ćutanja zakonodavne grane vlasti, sudska grana vlasti ima mogućnost uspostaviti načela kojima bi u

⁷² Vidi: P. Egli, *op. cit.*, str. 331.

⁷³ Tako: F. Testen, *op. cit.*, str. 59.

⁷⁴ Sve navedeno po: F. Testen, *op. cit.*, str. 60.

⁷⁵ Vidi: F. Testen, *op. cit.*, str. 60. *Nerad* pri tome upozorava na interpretacijske odluke, koje s ustavnopravnog pogleda tumače sadržaj zakonskih odredbi. S obzirom na odnos između redovnog i ustavnog sudstva (i u tom pogledu odnos između ustavnog i privatnog prava), *Nerad* ipak naglašava da svaka interpretativna odluka znači zadiranje u oblast redovnog sudstva, jer interpretativne odluke čuvaju tekst propisa formalno nedirnutim. Međutim, s ustavno-skladnom interpretacijom one menjaju polje primene propisa, što očigleno znači ograničenje nadležnosti redovnih sudova da tumače pravo. Prema mišljenju *Nerada*, ako bismo želeli isključiti svakojako zadiranje ustavnog sudstva u redovno sudstvo, morali bismo potpuno zabraniti interpretativne odluke. Međutim, takvo stanovište bi bilo prema njegovom mišljenju suviše radikalno i u suprotnosti sa teoretskim razlozima, koji govore u prilog interpretativnim odlukama te u suprotnosti s praksom slovenačkog i ostalih ustavnih sudova. U pogledu mešanja Ustavnog suda u redovno sudstvo (interpretativnim odlukama) *Nerad* navodi da je potrebno proizilaziti iz opšteg stanovišta da svi organi, kao i redovni sudovi i Ustavni sud, imaju dužnost da zakone i ostale propise tumače u skladu sa ustavom. Međutim, interpretativne odluke su, s aspekta načela deobe vlasti, potpuno legitimne u onim slučajevima kada redovno sudstvo nije obavilo svoju funkciju i osporen propis nije tumačilo u skladu s Ustavom. Vidi: S. Nerad, *Interpretativne odločbe Ustavnega sodišča*, Ljubljana, 2006., str. 361.

ustavno zapovedanoj meri osigurala zaštitu ustavnih jemstava (ustavnih prava).⁷⁶ Međutim, samo u slučaju *pravih zakonskih praznina*, sudovi imaju pravo u prelažnom roku dok zakonodavac nije aktivan, postaviti načela koja bi pružala delotvornu zaštitu od kršenja/povrede ili ugrožavanja od nedržavnog područja. Prema drugom stavu člana 3. slovenačkog Zakona o sudovima, sudija mora ako se građanskopravni predmet ne može rešiti na osnovu važećih propisa, uzeti u obzir propise koji uređuju slične slučajeve. Međutim, ako je rešenje predmeta uprkos tome pravno neizvesno, sudija odlučuje u skladu sa opštim načelima pravnog poretka u državi. Pri tome deluje u skladu sa pravnom tradicijom i utvrđenim spoznajama pravne doktrine. Prema trećem stavu istog člana, sudija uvek treba da deluje na način kao da ispred sebe ima neodređeni broj primera iste vrste.⁷⁷

UPOREDNOPRAVNI OSVRT – ULOGA ITALIJANSKIH SUDOVA U OBEZBEĐIVANJU LJUDSKIH PRAVA U UGOVORNIM ODNOSIMA

U uporednopravnom smislu za temu o kojoj se raspravlja interesantan je slučaj Italije gde je nakon Drugog svetskog rata bio usvojen Ustav sa opsežnim katalogom ustavnih prava. Član 2. Ustava Italijanske republike glasi: "*Republika Italija priznaje i jemči neotuđiva ljudska prava, bilo da se radi o pojedincu ili zajednici u kojoj pojedinac ustvaruje svoja prava. Političku, ekonomsku ili društvenu solidarnost, kao i njihovo ostvarivanje, garantuje Republika.*" Poslednji deo je, međutim, posebno značajan da ga vredi posebno spomenuti – Republika *jemči*, ne samo individualna prava protiv države, nego *garantuje* i uzimanje u obzir načela solidarnosti ("*solidarietà*").⁷⁸ Pominjući solidarnost na tako eminentnom mestu ulazi se u široko područje "*socijalne i pravne države*". Pri tom su u pitanju načelne posledice na privatno pravo. U Italiji se, međutim, naglašava snažan solidaristički ton, pri čemu nije reč samo o individualnoj slobodi i njenom ograničenju. Mnogo više je reč o ostvarenju individualne slobode unutar određene društvene sredine, koja se može poimati i kao intermedijarna vlast/snaga. Jačina vezanosti (*Bindungswirkung*) i domet tih kombinacija dugo je vremena bila sporna sa gledišta prirodnopravnih postulata slobode i hrišćansko-socijalne semantike.⁷⁹ Iz navedenog se vremenom razvila centralna vezivna tačka za ustavnopravnu preformulaciju italijanskog privatnog prava. U sudskoj praksi možemo naći brojne primere u ko-

⁷⁶ Vidi: P. Egli, *op. cit.*, str. 331.

⁷⁷ Teorija pravi razliku između tri vrste sudske prakse: *intra legem*, *praeter legem* i *contra legem*. Više vidi u: B. Tratar, *op. cit.*, str. 123–125. Vidi takođe: S. Nerađ, *Učinkovanje ustavnog načela enakosti među subjekti zasebnog prava*, Ljubljana 2002, str. 388.

⁷⁸ Vidi: T. Keiser, *op. cit.*, str. 88.

⁷⁹ Vidi: T. Keiser, *op. cit.*, str. 89.

jima je ustavnopravni zahtev za solidarnošću bio upotrebljen kao korektiv za privatnu autonomiju.⁸⁰ Jedna grupa primera, u kojima je uticaj člana 2. italijanskog Ustava posebno očigledan, odnosi se na smanjenje ugovornih (konvencionalnih) kazni. Italijanski građanski zakonik (*Codice civile*) sadrži odredbu koja dozvoljava sudsku kontrolu kod ekscesivnih ugovornih kazni (reč je o članu 1384.) – sudija može ugovornu kaznu po pravednoj proceni (*equamente*) smanjiti, ako je glavna obaveza bila već delomično ispunjena ili ako je iznos ugovorne kazne očigledno ekscesivan,⁸¹ ali uvek sa uzimanjem u obzir interesa poverioca prema ispunjenju.⁸² Međutim, to važi takođe za ugovorne kazne izvan prava zaštite potrošača. Kod potrošačkih ugovora (*contrattazione consumeristica*) uređuje član 33. Zakonika o potrošnji iz godine 2005. (*Codice del consumo*) po službenoj dužnosti (*ex officio*) neefikasnost/ništavost klauzula zlupotrebe (*clausule vessatorie*) ako sadrže te ugovorne kazne.⁸³ Čini se da, za razliku od Nemačke, u Italiji opšti ugovorni uslovi nisu centralna vezivna tačka za kontrolu klauzula o ugovornoj kazni.⁸⁴ U Italiji važi manje izdiferencirana kontrola klauzula po članu 1341. Građanskog zakonika (CC).⁸⁵ Prema tekstu člana 1384. Građanskog zakonika, očigledno je da u *Codice Civile* ne postoji nijedna reč o tome da li mora doći do smanjenja ugovorne kazne na zahtev dužnika ili je to moguće po zvaničnoj dužnosti od strane suda. Međutim, ovo pitanje korekcije ugovorne kazne *ex officio* bilo je povod za raspravu o konstitucionalizaciji (*costituzionalizzazione*) ugovornog prava.⁸⁶

Investicioni ugovori su u Italiji praktički značajno područje primene klauzula o ugovornim kaznama.⁸⁷ U 1999. godini došlo je do rasprave o slobodi ugovaranja i ustavnim pravima.⁸⁸ Naime, u ugovoru o uređenju kuće bio je dogo-

⁸⁰ T. Keiser, *op. cit.*, str. 89.

⁸¹ T. Keiser, *op. cit.*, str. 89, 90.

⁸² “Articolo 1384. La penale pu essere diminuita equamente dal giudice, se l’obbligazione principale stata eseguita in parte ovvero se l’ammontare della penale manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all’interesse che il creditore aveva all’adempimento”.

⁸³ Art. 33. Clausole vessatorie nel contratto tra professionista e consumatore 1. Nel contratto concluso tra il consumatore ed il professionista si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. 2. Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: ... f) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell’adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d’importo manifestamente eccessivo ...”.

⁸⁴ T. Keiser, *op. cit.*, str. 90.

⁸⁵ T. Keiser, *op. cit.*, str. 90.

⁸⁶ Vidi: T. Keiser, *op. cit.*, str. 90.

⁸⁷ T. Keiser, *op. cit.*, str. 90.

⁸⁸ Corte di Cassazione, br. 10511, 24. settembre 1999, Foro italiano, 2000, I, Sp, 1929-1940.

voren termin za završetak radnje bez grešaka. U slučaju prekoračenja tog roka, građevinski investitor bi za svaki dan zakašnjenja trebalo da plati kupcu određeni iznos kazne, sa izuzetkom u slučaju više sile i u slučaju sprečavanja završetka od strane poverioca.⁸⁹ U tom slučaju, kupac se nakon dva meseca od termina za završetak preselio u kuću, međutim on je počeo ostvarivati zahtev u smislu građevinarskih grešaka. Nakon osam meseci, kupac je podneo tužbu za naplatu ugovorne kazne, koja je bila daleko iznad dogovorene kupoprodajne cene, sa obrazloženjem da kuća nije bila završena/izrađena u skladu sa ugovorom. Međutim, tuženik u sporu nije postavio nikakav zahtev za smanjenje ugovorne kazne.⁹⁰

Do 1999. godine kasacioni sud (*Corte di Cassazione*) je odbijao posezanje po zvaničnoj dužnosti u ugovorne odnose, što bi trebalo da bude u skladu sa dispozitivnom maksimom.⁹¹ Međutim, 1999. godine došlo je do preokreta obrazloženjem da mora ustavnopravna zapovest solidarnosti u tom slučaju dovesti do ograničenja slobode ugovaranja.⁹² Stoga je ovaj pravni spor viši sud vratio u novo suđenje sa izričitim zadatkom da se ugovorna kazna smanji na "pravednu meru" ("*ad equità*").⁹³ Ono što ovde upada u oči jeste brzo prebacivanje argumentacije na ustavnopravni nivo. Naime, moglo bi se prvo raspravljati o privatnopravnim instrumentima.⁹⁴ Sloboda ugovaranja je u *Codice civile* određena kao načelo (član 1322.), a naravno ne bez ograničenja.⁹⁵ U Italiji postoji i pojam nemoralnosti, uveden kroz figuru *causa* ugovora. Ta ne sme da bude protiv dobrog morala – član 1343.⁹⁶ Međutim, nije bilo reči o tome. Jedna ekscesivna kazna u jedinom slučaju ne bi trebalo da se anulira, nego bi trebalo generalno ispitati ovlašćenje sudije da poseže u ugovor.⁹⁷ Stoga i posezanje za "solidarnošću". Uvedena je bila sa istorijskim argumentom – u savremenim pravnim sistemima "*mit omnipotence volje*" koji proizlazi iz 19. veka, treba da bude prevaziđen, nedodirljivosti ugovora bi trebalo da bude kraj, radi se dakle nužno o prelazu od subjektivnog ka objek-

⁸⁹ T. Keiser, *op. cit.*, str. 90.

⁹⁰ Vidi: T. Keiser, *op. cit.*, str. 90.

⁹¹ T. Keiser, *op. cit.*, str. 90.

⁹² T. Keiser, *op. cit.*, str. 90.

⁹³ Vidi: Corte di Cassazione, br. 10511, 24. settembre 1999, Foro italiano, 2000, I, Sp. 1929–1940.

⁹⁴ T. Keiser, *op. cit.*, str. 91.

⁹⁵ "Art. 1322. Autonomia contrattuale: 1. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge e dalle norme corporative. 2. Le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico."

⁹⁶ "Articolo 1343. La causa illecita quando contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume".

⁹⁷ T. Keiser, *op. cit.*, str. 91.

tivnom i funkcionalnom shvatanju ugovorne kazne.⁹⁸ Ne radi se samo o sopstvenim interesima, koji su dopušteni dužniku za sopstvenu, samostalnu dispoziciju, nego o zahtevima pravnog poretka generalno. Argument modernizacije otvara put ka Ustavu.⁹⁹ Iako je *drittwirkung* kao koncept bio poznat italijanskom pravnom poretku i iako su kodifikacija i Ustav kod suda jasno bili uključeni u hijerhiju normi,¹⁰⁰ sudska praksa to nije primenjivala. Načelo solidarnosti se mnogo više primenjivalo u priređenoj saradnji sa generalnim klauzulama kodifikacija.¹⁰¹ Metaforika “tačaka prodora” i zračenja nije bila eksplicitno prisutna, mnogo više se radilo o tome da sud priča o sinergiji između Ustava i kodifikacije, pri čemu neodređene pojmove kodifikacija Ustav puni, s jedne strane normativnom snagom, i s druge strane pozitivnim sadržajem.¹⁰² Sve pomenuto je dovodilo do zahteva za vaganjem. Pravno dobro ustavnog ranga naime u Italiji nije samo solidarnost (član 2), kao što to utvrđuje sud, nego takođe, npr. privatna inicijativa, u koju se uopšteno ubrojava i sloboda ugovaranja (član 41.¹⁰³) S obzirom na navedeno, nužno je vaganje između vrednosti (*bilanciamento di valori*) sa jednakom ustavnopravnom relevantnošću.¹⁰⁴ Međutim, to možemo upoređivati sa načelom srazmernosti i praktičnom konkordancijom.¹⁰⁵

Pomenuta odluka italijanskog kasacionog suda, međutim, nije ostala bez protivljenja.¹⁰⁶ Kako bi trebalo da se odvija procena/vaganje, je naime u odluci nejasno odnosno nedovoljno objašnjeno. Sud se pre svega bavio utemeljenošću potrebe sudske kontrole ugovorne kazne, a manje odgovorom na pitanje, na koji način bi trebalo to da se izradi, što bi u suštini trebalo da bude zadatak višeg suda.¹⁰⁷ Stoga se nije pravila razlika između ustavnopravne procene vrednosti i procene privatnih interesa ugovornih strana. U delu italijanske pravne teorije u tome

⁹⁸ T. Keiser, *op. cit.*, str. 91.

⁹⁹ T. Keiser, *op. cit.*, str. 91.

¹⁰⁰ Vidi: Corte di Cassazione, br. 10511, 24. settembre 1999, Foro Italiano, 2000, I, Sp. 1939. Reč je o “*rilettura degli istituti codicistici in senso conformativo ai precetti superiori della Costituzione Repubblicana*”.

¹⁰¹ T. Keiser, *op. cit.*, str. 91.

¹⁰² T. Keiser, *op. cit.*, str. 91.

¹⁰³ Član 41. italijanskog ustava glasi: “Jemči se sloboda privatnih ekonomskih delatnosti. Ekonomske delatnosti mogu se vršiti samo u skladu sa socijalnim interesima, sigurnošću, slobodom društva i ljudskim dostojanstvom. Zakon određuje programe i kontrole koji omogućavaju da se javna i privatna ekonomska delatnost odvijaju u skladu sa socijalnim poretkom.”

¹⁰⁴ Corte di Cassazione, br. 10511, 24. settembre 1999, Foro italiano, 2000, I, Sp. 1939.

¹⁰⁵ Vidi: T. Keiser, *op. cit.*, str. 91.

¹⁰⁶ T. Keiser, *op. cit.*, str. 91.

¹⁰⁷ T. Keiser, *op. cit.*, str. 91.

se videlo ugrožavanje pravne sigurnosti.¹⁰⁸ Značajna posledica ustavnopravne zapovesti solidarnosti bio je razvoj semantike harmonije i uključenje interesa strana u privatnom pravu. Tamo gde su na snazi ustavna prava, harmonija se čini bitnija nego načelna sloboda ugovaranja i njene granice. U tom pravcu se kreće argumentacija Velikog senata (*Sezione Unite*), koji je 2005. godine konačno potvrdio mogućnost smanjenja ugovorne kazne po zvaničnoj dužnosti sa izričitim pozivanjem na nužnost ugovorne ravnoteže.¹⁰⁹ Naravno, njegova se argumentacija ne kreće samo na ustavnopravnom nivou. Ona se snažno oslanja na već u kodifikaciji date/zacrtane granice slobode ugovaranja i na tumačenje ugovora. Međutim, Veliki senat se uhvatio u koštac i sa argumentom da je moguće u odbacivanju naplate od strane dužnika uočiti zahtev za smanjenje ugovorne kazne. Međutim, neki su kritikovali paternalističko posezanje suda u ugovore širokim tumačenjem volje ugovornih strana. Ali, i za Veliki senat bilo je odlučujuće pozivanje na ustavno pravo.¹¹⁰ Međutim, pri tome na metodološkom nivou jednoznačno ostaje potreba procene interesa (*congruo temperamento degli interessi contrapposti*). Ključna metodološka reč je *temperamento*, to jest prilagođavanje i harmonizacija interesa poverioca i dužnika, kao i slobode ugovaranja i solidarnosti.¹¹¹

ZAKLJUČAK

Iz jurisprudencije *Evropskog suda za ljudska prava* u Strasburu proizilazi obaveza redovnih sudova da obezbeđuju/ostvaruju ljudska prava (ustavna prava/konvencijska prava) u ugovornim odnosima građanskog prava.¹¹² Sudska praksa je, naime, pokazala¹¹³ da Evropski sud koristi mogućnost vršenja kontrole pri-

¹⁰⁸ Vidi: T. Keiser, *op. cit.*, str. 91.

¹⁰⁹ T. Keiser, *op. cit.*, str. 92.

¹¹⁰ T. Keiser, *op. cit.*, str. 92.

¹¹¹ Vidi: T. Keiser, *op. cit.*, str. 92.

¹¹² Vidi detaljnije: Olha O. Cherenychenko, *Subordinating Contract Law to Fundamental Rights: Towards a Major Breakthrough or towards Walking in Circles?*, u: S. Grundmann, *Constitutional Values and European Contract Law*, Kluwer Law International, 2008, str. 35–60; Olha O. Cherenychenko, *The harmonisation of contract law in Europe by means of the horizontal effect of fundamental rights?*, u: Erasmus Law Review, br. 1/2007, str. 37–5; Olha O. Cherenychenko, *Fundamental Rights and Contract Law*, u: European Law of Contract Law, br. 4/2006, str. 489–505, ona navodi stav Evropskog suda (str. 499): “The Court is not in theory required to settle disputes of a purely private nature. That being said, in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court’s interpretation of a legal act, be it a testamentary disposition, a private contract, a public document, a statutory provision or an administrative practice appears unreasonable, arbitrary or, as in the present case, blatantly inconsistent with the prohibition of discrimination established by Article 14, and more broadly with the principles underlying the Convention.”

¹¹³ Vidi: Olha Cherenychenko, *Towards the control of private acts by the European Court of Human Rights?*, u: *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 13, br. 2, 2006, str. 217.

vatnih akata u smislu saglasnosti sa *Evropskom konvencijom o ljudskim pravima*, putem doktrine pozitivnih obaveza (*positive obligations*) i kroz kontrolu tumačenja privatnih instrumenata od strane nacionalnih sudova, što se ogleda u slučajima *Appleby*¹¹⁴ i *Pla*¹¹⁵ i u nekim drugim.¹¹⁶ U primeni tih "alata", Evropski sud može izgurati nacionalne pravne odredbe privatnog prava, a time učestvuje u delikatnom uravnoteženju privatnih interesa ili u nametanju znatnih ograničenja privatne autonomije privatnim licima.¹¹⁷ S obzirom na činjenicu da Evropski sud ne prihvata ozbiljno razmišljanja o razlikovanju između privatnog i javnog prava ili očuvanju privatne autonomije, nije teško zamisliti kako dalekosežni bi mogli da budu efekti Evropskog suda na ugovorne odnose između privatnih strana, pre svega uvođenjem pozitivnih obaveza država za zaštitu ljudskih/konvencijskih prava te kontrole odlučivanja nacionalnih sudova,¹¹⁸ uprkos tome da je reč o pravnoj oblasti u kojoj je dopuštena veća mera slobodnog presuđivanja (*margin of appreciation*).¹¹⁹

BOŠTJAN TRATAR, Ph.D.,
Assistant Professor, State Attorney General
of the Republic of Slovenia, Ljubljana

REGULAR COURTS AS GUARDIANS OF HUMAN RIGHTS IN CONTRACTS OF CIVIL LAW

– Is there "*judicative imperativ*" to protect human rights
in contractual civil law relations? –

Summary

The author derives from the tendency in every legal system to supremacy of the constitution and the unity of the legal order. From both tendencies arises also the request for the realisation

¹¹⁴ Slučaj *Appleby and Others v. The United Kingdom* (2003), Reports of Judgements and Decisions, 2003–VI.

¹¹⁵ Slučaj *Pla and Puncernau v. Andorra*, Application no. 69498/01, Judgement of 13 July 2004.

¹¹⁶ *Cherednychenko* navodi još slučajeve: *Sidabras and Dziautas v. Lithuania* (Applications br. 55480/00 i 59330/00, presuda od 27. jula 2004); *Schirmer v. Poland* (Application br. 68880/01, presuda od 21. septembra 2004); *J. A. P. Pye (Oxford) Ltd. v. The United Kingdom* (Application br. 44302/02, presuda od 25. novembra 2005).

¹¹⁷ Vidi detaljnije: O. Cherednychenko, *op. cit.*, str. 218.

¹¹⁸ Detaljnije: O. Cherednychenko, *op. cit.*, str. 218.

¹¹⁹ Vidi detaljnije: Richard S. Kay, *The European Convention on Human Rights and The Control of Private Law*, u: *European Human Rights Law Review*, br. 5/2006.

of human rights as well as in contractual legal relations of civil law. The legal order usually protects a certain degree of independence and autonomy of civil law and thus also of the contractual civil law transactions, but this, however, only to the limits until the human rights of private subjects are not violated. Regular civil courts (*"judicature"*) are an important factor of constitutionalising of contract law when they judge the individual cases. One speaks about *the protective duty of the judicial power* (*"judicature"*) – *judicative duties of protection of human rights* – Germ. *"judikative Schutzpflichten"*. Systematic duties of judicial power to protect human rights also in contractual relations theoretically derive from objective comprehension of human rights. The author explains the process of the constitutionalisation of contractual law by example of Italian judicial experience. The author states the role of The European Court of Human Rights in Strasbourg through cases *Appleby and Others v. The United Kingdom* (2003) and *Pla and Puncernau v. Andorra* (2004).

MARKO PEROVIĆ

NEMOGUĆNOST I OTEŽANA MOGUĆNOST ISPUNJENJA OBLIGACIJE

U V O D

Strane u obligacionom odnosu dužne su da izvrše svoju obavezu i odgovorne su za njeno ispunjenje. To je jedno od osnovnih načela Zakona o obligacionim odnosima koje se, na odgovarajući način, konkretizuje u brojnim kategorijama obligacionog prava.¹ U tom smislu, Zakon o obligacionim odnosima predviđa da su strane u obligacionim odnosima dužne da u izvršavanju svojih obaveza postupaju sa pažnjom koja se u pravnom prometu zahteva u odgovarajućoj vrsti obligacionih odnosa. Primenjeno na ugovor, kao prvi izvor obligacija, ovo načelo se izražava tradicionalnom sintagmom *Pacta sunt servanda* koja podrazumeva da je poverilac u obligacionom odnosu ovlašćen da od dužnika zahteva ispunjenje obaveze, a dužnik je dužan ispuniti je savesno u svemu kako ona glasi. Kada dužnik to i učini, postojeća obligacija se gasi samim aktom ispunjenja, mada postoje i drugi načini prestanka obligacija² među kojima je i nemogućnost ispunjenja,

Marko Perović, asistent Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu.

¹ Opširnije, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I knjiga, 2. izdanje, redaktori Borislav Blagojević i Vrleta Krulj, izd. "Savremena administracija", Beograd 1983, str. 87, 89, 909; Boris Vizner, Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima, knj. I, Zagreb 1978, str. 95, 96, knj. II, str. 1067, 1075; Obligacijski zakonik s komentarjem, Redaktorja Miha Juhart i Nina Plavšak, I knj., Ljubljana 2003, str. 100, 121, knj. II, str. 202-213.

² Tako, npr., ostali načini prestanka obligacija su: kompenzacija, otpuštanje duga, prenov (novacija), sjedinjenje (konfuzija), protek vremena.

koja čini predmet ovoga rada. Međutim, kako se nemogućnost ispunjenja u izvešnoj meri približava otežanoj mogućnosti ispunjenja, to će se u ovom tekstu ukazati, ne samo na moguće sličnosti, već, pre svega, na pravna razgraničenja između otežanog i nemogućeg ispunjenja dugovane prestacije.

POLJE PRIMENE

Nemogućnost ispunjenja javlja se na mnogim područjima obligacionih odnosa. Počnimo sa predmetom ugovorne obaveze. Prema Zakonu o obligacionim odnosima, ugovorna obaveza može se sastojati u davanju, činjenju, nečinjenju ili trpljenju. Ona mora biti moguća, dopuštena i određena, odnosno odrediva. Ako je predmet obaveze nemoguć, nedopušten, neodređen ili neodrediv, ugovor je ništav. Ugovor zaključen pod odložnim uslovom ili rokom punovažan je ako je predmet obaveze koji je u početku bio nemoguć, postao moguć pre ostvarenja uslova ili isteka roka.³

Pravno dejstvo ovih zahteva može se pratiti u samom aktu zaključenja ugovora, kao i u njegovom trajanju koje proizilazi iz saglasne volje stranaka ili same prirode ugovora. Prema ovome, razlikuju se i pravne posledice nemogućnosti ispunjenja. Ukoliko je u samom momentu zaključenja ugovora bila prisutna pravna ili faktička objektivna nemogućnost ispunjenja, tada ugovor ne nastaje, što znači da ne proizvodi nikakva pravna dejstva.⁴

Međutim, kada je takva nemogućnost nastala u toku trajanja punovažno zaključenog ugovora, tada, rešenje za dvostrano obavezne ugovore, zavisi od prirode događaja koji se kvalifikuje kao nemogućnost ispunjenja ugovorne prestacije. Naime, kad je ispunjenje obaveze jedne strane u dvostrano obaveznom ugovoru postalo nemoguće zbog događaja zbog kojih nije odgovorna nijedna ugovorna strana (npr. viša sila), gase se obaveze ugovornih strana. Ukoliko je jedna stra-

³ Zakon o obligacionim odnosima (čl. 46-48). Opširnije, gore navedeni Komentari pomenutih zakonskih odredbi.

⁴ To proizilazi iz fakta da se nemoguće ne može izvršiti – *Impossibilium nulla obligatio est*, što će Valtazar Bogišić u Opštem imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. godine, izraziti jasnim rečima: Što nije moguće, nijesi ni dužan. Po tome, kad bi se ko podvezao na što, što se nikako izvršiti ne može, takva obveza ne bi imala nikakve zakonite snage ni vrijednosti (čl. 914). Što je god zbog poštenja i blagonaravlja nemoguće, bez stida, učiniti, biva kao da je i samo po sebi stvarno nemoguće (čl. 915). Prema Austrijskom građanskom zakoniku (§ 878), što je upravo nemoguće, ne može biti predmet punovažnoga ugovora. Ako je moguće i nemoguće jednovremeno ugovoreno, onda ostaje ugovor u prvome delu punovažan, ako inače iz ugovora ne izlazi da se nijedna tačka od druge ne može odvojiti. Ko je pri zaključenju ugovora za nemogućnost znao ili morao znati, naknadiće drugoj strani, ako to isto o njoj ne вреди, štetu koju je ona pretrpela usled poverenja u važnost ugovora. U tom smislu, i Nemački građanski zakonik (§ 307).

na po tom ugovoru već nešto ispunila, ona može zahtevati vraćanje po pravilima pravno neosnovanog obogaćenja.⁵

U slučaju delimične nemogućnosti ispunjenja zbog događaja za koji nije odgovorna ni jedna ni druga strana, druga strana može raskinuti ugovor ako delimično ispunjenje ne odgovara njenim potrebama, inače ugovor ostaje na snazi, a druga strana ima pravo da zahteva srazmerno sniženje svoje obaveze. Međutim, kada je ispunjenje obaveze jedne strane u dvostrano obveznom ugovoru postalo nemoguće zbog događaja za koji odgovara druga strana, njena obaveza se gasi, a ona zadržava svoje potraživanje prema drugoj strani, s tim što se smanjuje za onoliko koliko je ona mogla imati koristi od oslobođenja od sopstvene obaveze. Pored toga, ona je dužna ustupiti drugoj strani sva prava koja bi imala prema trećim licima u vezi sa predmetom svoje obaveze čije je ispunjenje postalo nemoguće.⁶

Nemogućnost ispunjenja obaveze, kao kvalifikativna okolnost, pored predmeta ugovora, našla je mesto i u oblasti obligacija sa više predmeta koje se tradicionalno imenuju kao kumulativne, alternativne i fakultativne obligacije.

U ovim obligacijama koje karakteriše množina predmeta, postavlja se i pitanje pravnog dejstva nemogućnosti ispunjenja s obzirom da je reč o različitim posledicama više predmeta dugovanih prestacija.

Kumulativne, za razliku od alternativnih i fakultativnih obligacija, imaju dva ili više predmeta, ali koji se duguju tako da je dužnik u obavezi prema poveriocu da na ime ispunjenja preda sve predmete zajedno (skupno) na način i pod predviđenim uslovima. Pri tome, kumulativne obligacije mogu nastati iz različitih izvora, ali je bitno da se svi dugovani predmeti moraju predati u celini. To znači, kad u istoj obavezi ima više raznih predmeta koje treba sve predati ili izvršiti, onda oni čine celinu i poverilac nije dužan primiti ih odvojeno nego ih može zahtevati sve odjednom.⁷ U literaturi se navodi, da ove obligacije u poređenju sa alternativnim i fakultativnim, ne stvaraju veće teškoće, što se odnosi i na nemo-

⁵ Opširnije o pravno neosnovanom obogaćenju, videti: Mihailo Konstantinović, *Obligaciono pravo*, Opšti deo, skripta izd. Naučna knjiga, Beograd 1952, str. 159-171; Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Pravni fakultet u Beogradu, 1969, čl. 168-175, str. 60-63; Jelena Danilović, *Neosnovano obogaćenje* u Enciklopediji imovinskog prava, tom drugi, izd. Službeni list SFRJ, Beograd 1978, str. 397-429; Dragoljub Arandjelović, *O nepravednom obogaćenju*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd, knj. XI, kolo 2, 1925, str. 399-424; Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo*, Sarajevo 1962, str. 313-328; Borislav Blagojević, *Posebni deo obligacionog prava*, Beograd 1939, str. 260-267.

⁶ Zakon o obligacionim odnosima (čl. 137, 138), opširnije videti: B. Blagojević i V. Krulj, *Komentar Zakona o obligacionim odnosima*, I knjiga, 2. izd., Beograd 1983, str. 409.

⁷ Mihailo Konstantinović, *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet u Beogradu, 1969, čl. 323.

gućnost njihovog izvršenja.⁸ Jednostavno, opšta pravila o nemogućnosti izvršenja primenjuju se i ovde na celinu dugovane prestacije.

Međutim, pitanje je složenije kod alternativnih obligacija. Kod ovih obligacija duguju se dva ili više predmeta, ali tako, da je dužnik u obavezi da izvrši samo jedan od više dugovanih predmeta ili kako se još skraćeno kaže: dva ili više predmeta su *in obligatione*, a samo jedna od njih je *in solutione*.⁹ Izbor vrši dužnik, ako nije što drugo predviđeno. Izvršenjem izbora smatra se da je obaveza od početka bila jednostavna i da je od početka imala za predmet izabranu stvar.

U ovakvom kontekstu, postavlja se pitanje kako i na koji način deluje nemogućnost ispunjenja s obzirom na više predmeta obaveze koja se ispunjava predajom samo jednog izabranog predmeta. Prema tradicionalnom shvatanju koje je usvojeno i u našem Zakonu o obligacionim odnosima¹⁰ pitanje se rešava imajući u vidu dva relevantna momenta: ko vrši izbor i čijom krivicom je došlo do nemogućnosti ispunjenja. Tako, ako je jedan predmet postao nemoguć usled događaja za koji odgovara dužnik, onda: ako pravo izbora pripada njemu, obaveza postaje jednostavna i ograničava se na preostali predmet; ali ako pravo izbora pripada poveriocu, onda ovaj može po svom izboru tražiti preostali predmet ili naknadu štete. Nadalje, ako je jedan predmet postao nemoguć usled događaja za koji odgovara poverilac, onda: ako pravo izbora pripada dužniku, njegova obaveza prestaje, ali on može ako hoće tražiti naknadu štete i izvršiti svoju obavezu preostalim predmetima; ali ako pravo izbora pripada poveriocu, dužnikova obaveza prestaje, ali poverilac može ako hoće dati naknadu štete i tražiti preostali predmet.¹¹

⁸ Opširnije, G. Marty, P. Raynaud, Droit civil, Les obligations, Paris 1962, stgr. 771, gde se, između ostalog, kaže da kumulativne obligacije ne stvaraju posebne teškoće; Planiol et Ripert, Traité pratique de droit civil français, t. VI, Paris 1930, str. 250 i sl.; A. Weill, Droit civil, Les obligations, Paris, 1971, str. 867; Ph. Delebecque, Droit des obligations, Paris, 2006, str. 103; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, Droit civil, Les obligations, Paris 2002, str. 1149.

⁹ Prema pravilima rimskog prava: *duae sive plures res sunt in obligatione, una in solutione*. Videti, D. Stojčević i A. Romac, *Dicta et regulae iuris*, izd. Savremena administracija, Beograd 1989, str. 137. Opširnije, Lazar Marković, *Obligaciono pravo*, izd. Službeni list SRJ, Klasici jugoslovenskog prava, Beograd 1997, str. 61, gde se, između ostalog, kaže: Jednu posebnu vrstu neodređenih obaveza čine takozvane alternativne obaveze ili obaveze po izboru. Kod ovih obaveza činidba je utoliko neodređena što nije ona jedina predmet obaveze, nego se duguju više radnja u isti mah, ali tako da se samo jedna ili druga od tih radnja imaju da izvrše. Dužnik je, dakle, obavezan da učini ovo ili ono, prema izboru.

¹⁰ Čl. 403-408 Zakona o obligacionim odnosima. Opširnije, Komentar Zakona o obligacionim odnosima, redaktori B. Blagojević i V. Krulj, I knj. 2. izd. Savremena administracija, Beograd 1983, str. 1201-1206.

¹¹ Videti, Mihailo Konstantinović, *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet u Beogradu, 1969, čl. 329; Zakon o obligacionim odnosima, čl. 408.

Za razliku od alternativne, fakultativna obligacija ima samo jedan predmet, ali je dužniku dopušteno da se oslobodi svoje obaveze dajući neki drugi određeni predmet. Ovde poverilac može zahtevati od dužnika samo predmet obaveze, ali ne i drugi predmet, kojim dužnik, ako hoće, može takođe ispuniti svoju obavezu. Kad predmet obaveze postane nemoguć usled događaja za koji dužnik ne odgovara, obaveza prestaje, za razliku od alternativne obligacije gde se obaveza koncentriše na preostale predmete. Nadalje, kod fakultativne obligacije, kad predmet obaveze postane nemoguć usled događaja za koji dužnik odgovara, poverilac može tražiti samo naknadu štete, ali se dužnik može osloboditi obaveze dajući predmet koji je ovlašćen dati mesto dugovanog predmeta.¹²

Polje primene nemogućnosti ispunjenja obuhvata, pored predmeta ugovorne obaveze i modaliteta sa više predmeta, još i nemogućnost kao jedan od načina prestanka obligacija.¹³

Naime, obaveza prestaje kad njeno ispunjenje postane nemoguće usled okolnosti zbog kojih dužnik ne odgovara. To će, pre svega, biti viša sila i uopšte događaji za koje dužnik ne odgovara, a koji su se desili posle nastanka punovažne obaveze. Na dužniku je teret dokazivanja postojanja događaja koji isključuju njegovu odgovornost. Pri tome, ako su predmet obaveze generične stvari (stvari određene po rodu), obaveza ne prestaje čak i kad sve što dužnik ima od takvih stvari propadne usled događaja za koji on ne odgovara. Ali, kada obaveza ima za predmet stvari određene po rodu koje se imaju uzeti iz određene mase tih stvari, onda obaveza prestaje kad propadne cela ta masa. Međutim, dužnik koji je oslobođen svoje obaveze usled nemogućnosti ispunjenja, dužan je ustupiti poveriocu prava koja je imao prema trećim licima zbog nastale nemogućnosti.¹⁴

¹² Mihailo Konstantinović, nav. delo, čl. 330 i čl. 331. Zakon o obligacionim odnosima, čl. 409 i čl. 410.

¹³ Prema Zakonu o obligacionim odnosima (čl. 295-359) načini prestanka obaveza su: ispunjenje, prebijanje (kompenzacija), otpuštanje duga, prenov (novacija), sjedinjenje (konfuzija), nemogućnost ispunjenja, protek vremena i otkaz. Opširnije, B. Blagojević i V. Krulj, nav. delo, str. 1024-1114.

¹⁴ O nemogućnosti ispunjenja, opširnije: Mihailo Konstantinović, *Obligaciono pravo*, skriptu, Pravni fakultet u Beogradu, 1959, str. 198 i sl.; Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima, Pravni fakultet u Beogradu, 1969, čl. 309-311; Ljubiša Milošević, *Obligaciono pravo*, Naučna knjiga, Beograd 1966, str. 201-203; Dragoljub Arandelović, *Osnovi obligacionog prava*, opšti deo, 2. izdanje, Beograd 1936, str. 185; Stevan Jakšić, *Obligaciono pravo*, Sarajevo 1962, str. 35, 36, 425; Živomir Đorđević i Vladan Stanković, *Obligaciono pravo*, opšti deo, 3. izdanje, Savremena administracija, Beograd 1980, str. 595, 596; Branko Morait, *Obligaciono pravo*, Banja Luka 2010, str. 138; Jakov Rađišić, *Obligaciono pravo*, opšti deo, izd. Nomos, Beograd 2000, str. 82 i 83; Bogdan Loza, *Obligaciono pravo*, opšti dio, Sarajevo 1981, str. 30, 31, 76 i sl.; Lazar Marković, *Obligaciono pravo*, izd. Službeni list SRJ, Beograd 1997, str. 200-204, 225-229; Jožef Salma, *Obligaciono pravo*, Pravni fakultet

Nemogućnost ispunjenja, pored do sada izloženih područja na kojima se javlja kao relevantna okolnost, ona nalazi mesta i na drugim prostorima obligacionih odnosa. Tako, npr., kod opštih pravila o naknadi štete¹⁵ predviđeno je da dužnik odgovara i za delimičnu ili potpunu nemogućnost ispunjenja i ako tu nemogućnost nije skrivio ako je nastupila posle njegovog dolaska u docnju, za koju odgovara. Ali se dužnik oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da bi stvar koja je predmet obaveze propala i da je on svoju obavezu na vreme ispunio.

Nadalje, nemogućnost ispunjenja se javlja i u materiji modifikacije pravnih poslova, konkretno kod ugovora koji je zaključen pod nemogućim odložnim uslovom. Takav uslov dovodi do ništavosti ugovora a ako je ugovor zaključen pod nemogućim raskidnim uslovom, takav ugovor se smatra nepostojećim.¹⁶

Nemogućnost ispunjenja javlja se i kod nekih imenovanih ugovora, kao što su: kupoprodaja, kod pitanja kad je stvar propala pre ugovora¹⁷; ugovor o delu, kod pitanja predaje izgrađene stvari naručiocu¹⁸; ugovor o osiguranju imovine, kod pitanja propasti stvari usled događaja koji nije predviđen u polisi osiguranja.¹⁹

VRSTE NEMOGUĆNOSTI

Već iz dosadašnjeg uvida u zakonsko regulisanje nemogućnosti u ispunjenju obaveze, može se zaključiti da postoje brojne vrste nemogućnosti koje u kon-

u Novom Sadu 1999, str. 247-249; Ilija Babić, *Obligaciono pravo*, opšti deo, Službeni glasnik, Beograd-Sremska Kamenica, 2009, str. 92; Dragoljub Marković, *O vrstama nemogućnosti činidbe u obligacionom pravu*, članak, časopis *Pravni život*, Beograd 1982, broj 5, str. 579-596.

¹⁵ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 262, st. 4 i st. 5.

¹⁶ Zakon o obligacionim odnosima, čl. 75.

¹⁷ Čl. 459 Zakona o obligacionim odnosima, gde je predviđeno: ugovor o prodaji nema pravno dejstvo, ako je u času njegovog zaključenja stvar o kojoj je ugovor bila propala. Ako je u času zaključenja ugovora stvar bila samo delimično propala, kupac može raskinuti ugovor ili ostati pri njemu uz srazmerno sniženje cene. Ali će ugovor ostati na snazi i kupac će imati samo pravo na sniženje cene ako delimična propast ne smeta postizanju svrhe ugovora, ili ako uz određenu stvar postoji takav običaj u pravnom prometu.

¹⁸ Čl. 613 Zakona o obligacionim odnosima koji predviđa: Poslenik je dužan predati naručiocu izrađenu ili opravljenu stvar. Poslenik se oslobađa ove obaveze ako stvar koju je izradio ili opravio propadne iz uzroka za koji on ne odgovara.

¹⁹ Čl. 928 Zakona o obligacionim odnosima koji predviđa: ako osigurana stvar ili stvar u vezi sa čijom je upotrebom zaključeno osiguranje od odgovornosti propadne za vreme perioda osiguranja usled nekog događaja koji nije predviđen u polisi, ugovor prestaje da važi dalje, a osiguravač je dužan vratiti ugovaraču osiguranja deo premije srazmerno preostalom vremenu. Kad jedna od više stvari obuhvaćenih jednim ugovorom propadne usled nekog događaja koji nije predviđen u polisi, osiguranje ostaje na snazi i dalje u pogledu ostalih stvari uz potrebne izmene zbog smanjenja predmeta osiguranja.

kretnoj pravnoj situaciji proizvode različite pravne posledice. One su nekada imperativne u smislu da određene pravne situacije čine ništavim, a nekada se samo odražavaju na pitanje odgovornosti njihovih subjekata. Sve, dakle, zavisi od vrste nemogućnosti i njene primene na konkretan obligacioni odnos. Otuda, ovde ćemo se zadržati na njihovom izvoru i osnovnim svojstvima, da bi mogli da utvrdimo njihovo pravno dejstvo, sledstveno njihovoj pravnoj prirodi.

Prema izvoru nastanka i dvojstvu pravnih posledica, nemogućnost ispunjenja može biti *apsolutna* (objektivna) i *relativna* (subjektivna). Ako je apsolutna nemogućnost bila već prisutna u trenutku kada je obligacioni odnos trebalo da nastane, onda važi opšte prihvaćeno pravilo: početna apsolutna nemogućnost sprečava nastanak obligacionog odnosa.²⁰ Međutim, ako je apsolutna nemogućnost nastala kasnije (naknadna nemogućnost) u toku vremenskog trajanja izvršenja obaveza²¹ dužnik tada može da odgovara i za apsolutnu nemogućnost ispunjenja obaveze, ukoliko je u docnji sa ispunjenjem. Polazi se od toga, da je ispunio obavezu u predviđenom roku, izbegao bi dejstvo nemogućnosti ispunjenja, najčešće, usled propasti stvari kao posledice nastupanja više sile.

Nadalje, pored objektivne i subjektivne, početne i naknadne, nemogućnost može biti faktička (materijalna) i pravna. Da bi faktička nemogućnost bila osnov za oslobođenje od odgovornosti dužnika, ona mora biti apsolutno (objektivno) moguća, a ne i subjektivno nemoguća. Drugim rečima, ako je jedna obaveza punovažno nastala, onda se u toku njenog ispunjenja dužnik ne može pozivati na okolnost da je ta obaveza za njega neizvršiva, ako je ona inače objektivno sasvim izvršiva. Razume se, dužnik može isticati druge momente u smislu oslobođenja ili ublaženja njegove odgovornosti, posebno one koje proističu iz otežane mogućnosti (npr. klauzule *rebus sic stantibus*) ali ne i subjektivne nemogućnosti.

Što se tiče pravne nemogućnosti, treba reći da je tu faktički, ali ne i pravno moguće ispuniti obavezu. To dalje znači: ukoliko je jedna obaveza u momentu njenog nastanka bila pravno dozvoljena, pa je u toku njenog vremenskog trajanja nastupila pravna nemogućnost (npr. zabrana prometa određenih stvari na određenom mestu, koja može biti privremena i trajna) predviđena imperativnim propisima, tada se, shodno zakonskoj zabrani, gasi dalje ispunjenje preuzete obaveze. Za slučaj da je po toj obavezi nešto ispunjeno, povraćaj se vrši po pravilima neosnovanog obogaćenja. Međutim, delimična nemogućnost ispunjenja može biti osnov za raskid dvostrano obaveznog ugovora ili za srazmerno sniženje preuzete obaveze, a sve pod zakonom predviđenim uslovima, o čemu je već bilo reči.

²⁰ *Impossibilium nulla obligatio est*, Celsus – D. 50.17.185.

²¹ Kao što je npr. kod ugovora sa trajnim izvršenjem obaveza. Opširnije, S. Jakšić, *Obligaciono pravo*, Sarajevo 1962, str. 137.

Kao što se vidi, nemogućnost ispunjenja obligacije može se javiti u različitim vidovima i sa različitim pravnim posledicama. Posle uvida u njihova obeležja na ime zaključka ovog dela teksta, navedimo ih još jedanput u smislu njihovog imenovanja: apsolutna (objektivna) i relativna (subjektivna); početna (prvobitna ili prethodna) i naknadna u toku trajanja obligacionog odnosa; faktička i pravna; potpuna i delimična; privremena i trajna.

UPOREDNO PRAVO

Nemogućnost ispunjenja obligacije regulisana je i u mnogim kodifikacijama građanskog prava, posebno ona koja se inspirišu tradicionalnim izvorima rimskog prava. Tako, rimsko pravo je pravilo razliku između načina gašenja obligacija voljom stranaka (npr. sporazum i otkaz, novatio, oproštaj duga) i nezavisno od volje stranaka (npr. smrt i capitis deminutio, promena statusa, confusio, zastarelost (praescriptio), neskrivljena nemogućnost izvršenja: casus (slučaj) i vis maior (viša sila). Ako je stvar propala usled slučaja ili više sile (npr. poplava, zemljotres, napad varvara, teška bolest ili invaliditet dužnika, res extra commercium), dužnik je zbog neskrivljene nemogućnosti bio oslobođen odgovornosti. Iz ovoga se vidi da je nemogućnost morala biti objektivna i u principu dužeg trajanja. Ukoliko je stvar bila generična (određena po rodu i vrsti) obaveza dužnika se nije gasila jer se uzimalo da rod ne propada (genera non pereunt), i da dužnik može izvršiti predaju generične stvari sve dok taj rod stvari postoji. Međutim, ako je predmet obaveze bila individualno određena stvar (species) obaveza dužnika se gasila ukoliko je nemogućnost nastupila bez krivice dužnika.

Najzad, ovde je potrebno istaći i pravilo koje i danas postoji, a naime, ako je nemogućnost bila početna i objektivna, pravni posao nije nastajao odnosno on je bio ništav.²²

Kao što se vidi, i kod pitanja nemogućnosti ispunjenja, rimsko pravo je bilo izvorište i za mnogo kasnije donete kodifikacije građanskog prava u okviru evropske familije prava. U tom smislu, hronološkim redom pomenućemo nekoliko kodifikacija evropske tradicije.

Francuski građanski zakonik (čl. 1302), predviđa da kada individualno određena stvar koja je bila predmet obligacije, kad se stavi izvan prometa ili se tako

²² Opširnije o nemogućnosti ispunjenja u rimskom pravu: Dragomir Stojčević, *Rimsko privatno pravo*, izd. Savremena administracija, Beograd 1985, str. 235; Ante Romac, *Rimsko pravo*, Zagreb 2007, str. 321; Miroslav Milošević, *Rimsko pravo, Nomos*, Beograd 2005, str. 310; Žika Bujuklić, *Rimsko privatno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2013, str. 347; Obrad Stanojević, *Rimsko pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, 1997, str. 330.

izgubi da se apsolutno ne zna da li postoji, obligacija se gasi, ako je stvar propala ili ako je izgubljena bez krivice dužnika i pre nego što je došao u docnju. I onda kad je dužnik u docnji, ako se nije obavezao za slučaj, obligacija je ugašena ako bi stvar bila propala kod poverioca da mu je bila predana.²³

Prema *Opštem austrijskom građanskom zakoniku* (§ 878 novelirani tekst) predviđena je odredba koja glasi: što je upravo nemoguće ne može biti predmet punovažnoga ugovora. Ako je moguće i nemoguće jednovremeno ugovoreno, onda ostaje ugovor u prvom delu punovažan, ako inače iz ugovora ne izlazi da se nijedna tačka od druge ne može odvojiti. Ko je pri zaključenju ugovora za nemogućnost znao ili morao znati, naknadiće drugoj strani, ako to isto o njoj ne vredi, štetu koju je ona pretrpela usled poverenja u važnost ugovora. Pri tome, ugovor koji se ogrešuje o neku zakonsku zabranu ili blagonaravljje, ništav je (§ 879).²⁴

Zakonik građanski za Knjaževstvo Srbsko iz 1844. g. (skraćeno u literaturi citiran kao Srpski građanski zakonik – SGZ) imao je daleko manji broj odredbi o nemogućnosti ispunjenja u odnosu na Opšti austrijski građanskik zakonik. Naime, ovaj Zakonik je najpre ovom pitanju posvetio jednu odredbu u Odeljku “O ugovorima uopšte”²⁵ prema kojoj: ugovor se može samo o onim stvarima učiniti, koje među ljudima prolaze i koje su moguće i dozvoljene. A zatim, u Odeljku “Kako prestaju prava i obaveze”²⁶ Zakonik je predvideo: ako je stvar jedna opre-

²³ Opširnije, Jean Carbonnier, *Droit civil*, Paris 1955-1956, str. 1921; Gabriel Marty et Pierre Raynaud, tome II, *Les obligations*, Sirey, Paris 1962, str. 151; Alex Weill, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris 1971, str. 254; François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Paris, str. 301.

²⁴ Ova odredba dalje glasi: naročito su ništavi ovi ugovori: 1. ako je što ugovoreno zbog posredovanja pri zaključenju braka; 2. ako je pravozastupnik poverenu mu spornu stvar sasvim ili delimično otkupio ili mu je obećan određen deo iznosa, koji se stranci dosuđuje; 3. ako se nasledstvo ili legat, koji se od nekog trećeg lica očekuje, još za života ovoga otuđuje; 4. ako neko iskorišćuje lakoumlje, težak položaj, slaboumnost, neiskustvo ili duševno uzbuđenje drugoga time, što dopušta da se njemu ili kome trećem licu jedno davanje obećava ili daje protivdavanje, čija imovinska vrednost stoji u očiglednoj nesrazmeri sa vrednošću davanja. I nadalje: ako je predmet, o kome je ugovor zaključen pre nego što je predat povučen iz prometa, onda je to toliko isto kao kad ugovor ne bi ni bio zaključen (§ 880).

Opširnije, Adolfo Rušnov, Tumač Općemu austrijskomu građanskomu zakoniku, Zagreb 1983, 2. prerađeno i dopunjeno izdanje; A. Rušnov i S. Posilović, Zagreb, videti komentare gore označenih odredbi Opštega austrijskog građanskog zakonika koji je, u stvari, u velikom delu bio izvor-nik za Zakonik građanski za Knjaževstvo Srbsko iz 1844. godine, takođe i za Predosnovu Građanskog zakonika za Kraljevinu Jugoslaviju iz 1934. godine, Predosnova koja nikada nije postala zakon.

²⁵ SGZ (§ 538) koja se nalazi u Odeljku drugom, glava XVII.

²⁶ SGZ (§ 912) koji se nalazi pod naslovom “Čest treća”, glava III.

deljena, na koju se ko kao dužnik podvezao, slučajno propadne, prestaje obaveza sasvim tako, da ni u ceni dužnik stvar propalu naknaditi dužan nije.²⁷

Opšti imovinski zakonik za Knjaževinu Crnu Goru iz 1888. g. (delo Valta-zara Bogišića zbog čega je u literaturi često nazivan Bogišićev zakonik ili skraćeno OIZ) imao je više odredbi o nemogućnosti ispunjenja koje su se odlikovale, ne samo lepim jezičkim izrazom, već i tradicionalnim rešenjima u ovoj oblasti prava. Naime, ovaj Zakonik, pod naslovom "O nemogućnosti izvršenja" predviđao je sledeća pravila: kad se dužnik podvezao da će dati ili učiniti nešto, što je zasebno određeno, pa bez njegove krivice to postane nemoguće, tad taki dug i sam prestaje (čl. 623). I dalje: kad je izvršenje slučajem postalo nemoguće, a dug dolazio od uzajamna ugovora, dužnik treba da povрати što je god primio u ime onoga što bi trebalo da izvrši, što pak još primio nije, ne može više tražiti. Ako li je nešto već izvršio bio, tad će se to srazmerno uračunati njemu na korist (čl. 624). Nadalje, ovaj Zakonik pod naslovom "O ugovorima i nedostacima ugovaranja" na jezgrovit način i matematičkom preciznošću formuliše *obrazac* nemogućnosti izvršenja: što nije moguće, nijesi ni dužan. Po tome, kad bi se ko podvezao na što, što se nikako izvršiti ne može, taka obveza ne bi imala nikakve zakonite snage ni vrijednosti (čl. 914). Što se tiče nemogućnosti izvršenja generičnih stvari, ovaj Zakonik, nastavljajući tradiciju rimskog prava (*genera non pereunt*) odnosno *genus perire non censetur*) predviđa: *Vrsta ne gine*, opšte je imovinsko pravilo. Po tome, kad je dug u novcu ili u drugim suvrstnim stvarima, pa dužniku i kakvim nesretnim slučajem propadnu sve take stvari i, tako, da nema čime namiriti duga, time ipak, dug niti slabi niti prestaje.²⁸

Nemački građanski zakonik, pitanje nemogućnosti ispunjenja obligacije reguliše na više mesta. Najpre, u Odeljku koji je posvećen "Sadržini dužničkih odnosa" predviđa: dužnik se oslobađa svoje obaveze na činidbu, ukoliko činidba postane nemoguća usled neke okolnosti, koja je nastupila posle nastanka dužničkog odnosa, a za koju on ne odgovara. Ukoliko činidba postane nemoguća usled neke okolnosti za koju je dužnik odgovoran, dužnik ima poveriocu da naknadi štetu koja usled toga nastane zbog neispunjenja. U slučaju delimične nemogućnosti poverilac može, odbivši još mogući deo činidbe, zahtevati naknadu štete zbog neispunjenja cele obaveze, ako za njega delimično ispunjenje nema interesa. Ako je

²⁷ Opširnije o ovom Zakoniku videti: Dimitrije Matić, *Objasnenije Građanskog zakonika za Knjaževstvo Srbsko*, četiri knjige, Beograd 1850. Videti: Božidar Marković: Dimitrije Matić – lik jednog pravника, izd. Srpska akademija nauka i umetnosti, Beograd 1977, str. 1-112.

²⁸ Opširnije, Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, *Glasnik odjeljenja društvenih nauka*, br. 22, 2014; Zoran Rašović, *Bogišićeve pravne izreke*, izd. Crnogorska akademija nauka i umjetnosti, Podgorica 2016, str. 690.

dugovani predmet određen samo po rodu, dužnik je, dok je činidba moguća iz roda, odgovoran i kad mu na teret ne pada krivica.²⁹

Švajcarski zakonik o obligacijama reguliše pitanje nemogućnosti izvršenja u Odeljku koji je posvećen prestanku obligacija (čl. 119). Prema ovom Zakoniku: tražbina se gasi kad njeno izvršenje postane nemoguće zbog okolnosti za koje dužnik ne odgovara. Kod dvostranih ugovora, tako oslobođeni dužnik je obavezan da, u smislu pravila o obogaćenju bez osnova, vrati ono što je već primio, a on više ne može potraživati ono što mu se još dugovalo. Od ovoga se izuzimaju slučajevi u kojima se zakonom ili ugovorom stavljaju rizici na teret poverioca još pre nego što tražbina bude izvršena.³⁰

Italijanski građanski zakonik iz 1942. g., reguliše nemogućnost ispunjenja u Odeljku pod naslovom "Načini gašenja obligacija različiti od ispunjenja".³¹ Ovaj Zakonik najpre reguliše konačnu nemogućnost i privremenu nemogućnost. Tako, obaveza se gasi kada, iz uzroka koji se ne može pripisati dužniku, činidba postane nemoguća. Ako je nemogućnost samo privremena, dužnik, dok ona traje, nije odgovoran za docnju u izvršenju. Međutim, obaveza se gasi ukoliko nemogućnost potraje do trenutka u kome, s obzirom na osnov obaveze ili na prirodu predmeta, dužnik se više ne može smatrati obaveznim da izvrši činidbu odnosno nije više zainteresovan da je postigne. Nadalje, Zakonik reguliše i pitanje gubitka određene stvari: činidba koja ima za predmet određenu stvar smatra se da je postala nemoguća i kada se stvar izgubi, a da se propast ne može dokazati. U slučaju naknadnog pronalaženja stvari, primenjuju se odredbe o privremenoj nemogućnosti, o kojima je gore već bilo reči. Što se tiče delimične nemogućnosti Zakonik je predvideo: ukoliko je činidba postala nemoguća samo dleimično dužnik se oslobađa obaveze izvršenjem činidbe za deo koji je ostao moguć. Najzad, Zakonik predviđa i mogućnost stupanja poverioca u prava dužnika. Prema Zakoniku, ukoliko je činidba koja ima za predmet određenu stvar postala nemoguća, u potpunosti ili delimično, poverilac stupa u prava koja pripadaju dužniku u zavisnosti od činjenice

²⁹ Nemački građanski zakonik (§§ 275, § 280, 279). O ovom Zakoniku opširnije videti: Nemački građanski zakonik od 18. avgusta 1896, I knjiga, prevod M. Radojković, Predgovor Justus Vilhelm Hedeman i Roland Frajsler, Biblioteka uporednog prava, Beograd 1940, str. 5-117. Videti i Čed. Marković, Opšti deo tražbenog prava, odgovarajući tekstovi Francuskog, Nemačkog i Švajcarskog građanskog zakonika, sa pogovorom Živojina M. Perića, izd. Knjižarnice Gece Kona, Beograd 1925, str. 3-166.

³⁰ Opširnije videti: Švajcarski zakonik o obligacijama od 30. marta 1911, sa izmenama i dopunama izvršenim do 1. januara 1976. g., Predgovor Mihailo Konstantinović, str. 3-10, tekst Zakonika, str. 13-179, izd. Savremena administracija, Beograd 1976; videti i *Commentaire de Code fédéral des Obligations du 30 mars 1911*, A. Schneider et H. Fick, II volume, Neuchatel, 1916.

³¹ Nemogućnost ispunjenja ovaj Zakonik reguliše odredbama čl. 1256-1259.

koja je prouzrokovala nemogućnost i može od dužnika zahtevati davanje onoga što je ovaj primio na osnovu naknade štete. Kao što se vidi, Italijanski građanski zakonik je kod pitanja nemogućnosti ispunjenja uglavnom usvojio tradicionalna rešenja sa izvesnim specifičnostima, naročito u pogledu pitanja ustupanja poverioca u pravo dužnika u slučaju potpune ili delimične nemogućnosti ispunjenja, a što je prihvaćeno i u našem Zakonu o obligacionim odnosima, o čemu je već bilo reči.³²

Rumunski građanski zakonik iz 2009. predviđa nemogućnost ispunjenja obligacije kao jedan od načina prestanka obligacije.³³ Zakonik, kod pitanja nemogućnosti ispunjenja usvaja tradicionalna rešenja, ali i sa izvesnim korisnim dopunama prilagođenim savremenim potrebama. Tako, prema Zakoniku, dužnik je oslobođen kada njegova obaveza ne može biti izvršena zbog dejstva više sile, slučaja ili drugih sličnih okolnosti koje su nastupile pre nego što je dužnik došao u docnju. Međutim, dužnik je takođe oslobođen, čak i kada je bio u docnji ako poverilac više nema nikakve koristi od izvršenja obligacije pod dejstvom više sile slučaja ili sličnih okolnosti, izuzev kada je dužnik primio na sebe rizik zbog neočekivanih događaja. Pri tome, kada je nemogućnost privremena, vršenje obaveze je obustavljeno (prekinuto) u jednom razumnom roku, uzimajući u obzir trajanje okolnosti koje su prouzrokovale nemogućnost izvršenja. Teret dokaza nemogućnosti izvršenja, pada na dužnika. Na dužniku je još jedna obaveza: on treba da obavesti poverioca o postojanju događaja koji su proizveli nemogućnost izvršenja. Ako obavestjenje ne stigne poveriocu u razumnom roku kada je dužnik bio u mogućnosti da poverioca obavesti, dužnik odgovara poveriocu za naknadu štete. Najzad, ako obligacija ima za predmet generične stvari, dužnik ne može da se pozove na nemogućnost izvršenja.³⁴

*Načela evropskog ugovornog prava*³⁵ predviđaju oslobođenje od odgovornosti zbog nemogućnosti ispunjenja u odeljku koji je posvećen neispunjenju obaveze i odgovarajućim pravnim sredstvima. Tako prema Načelima: Strana nije odgovorna za ispunjenje ako dokaže da je ono sprečeno događajima koji su izvan

³² Opširnije videti, Italijanski građanski zakonik, knj. IV, Obligacije, izd. Institut za uporedno pravo, Beograd 1964, sa Predgovorom Radomira Đurovića, str. 3-10.

³³ Rumunski građanski zakonik, čl. 1634.

³⁴ Opširnije o ovom Zakoniku videti: Nouveau Code civil Roumain, édition Dalloz, Paris 2013, ukupno str. 748, ukupno članova 2664, Predgovor Catalin Marian Predoiu: Geneza novog građanskog zakonika Rumunije.

³⁵ Načela evropskog ugovornog prava (Principles of European Contract Law – PECL) u izdanju Evropskog centra za mir i razvoj (ECDP) Univerziteta za mir Ujedinjenih nacija, Uvodne napomene Jelena Vilus, Beograd 2003 str.54, čl. 8.108).

njene kontrole i da se od nje nije moglo razumno očekivati da uzme tu prepreku u obzir u vreme zaključenja ugovora, niti da izbegne ili prevaziđe prepreku ili nje-ne posledice. Kada je prepreka samo privremena, oslobođenje od odgovornosti predviđeno ovim članom ima dejstvo u roku dok prepreka postoji. Ali, ako doc-nja ima značaj bitnog neispunjenja ugovora poverilac može postupati kao da se radi o bitnoj povredi. Strana koja ne može ispuniti svoju obavezu mora obezbe-diti da obaveštenje o postojanju prepreke i o njenom dejstvu na mogućnost ispu-njenja bude dostavljeno drugoj strani u razumnom roku nakon što je strana koja ne može ispuniti svoju obavezu saznala ili morala saznati za ove okolnosti. Dru-ga strana ima pravo tražiti naknadu štete za svaki gubitak koji pretrpi zato što nije primila takvo obaveštenje.

OTEŽANA MOGUĆNOST

Do sada je bilo reči o pojmovnim obeležjima nemogućnosti ispunjenja obli-gacije, njenim vrstama, polju primene i uporednim rešenjima. Sve to, a naročito vrste nemogućnosti (subjektivna i objektivna) često se približavaju *otežanoj mo-gućnosti* izvršenja preuzete obaveze. Naime, otežanu mogućnost je moguće ostva-riti, ali ona za dužnika predstavlja neuobičajenu i nepredvidljivu teškoću. Pitanje je: da li otežana mogućnost, pod određenim uslovima, ulazi u polje nemogućno-sti koja oslobađa dužnika od izvršenja preuzete obaveze.

Odmah da kažemo da rešenje u najvećoj meri zavisi od činjenice da li kon-kretan pravni sistem poznaje ustanovu raskida i revizije ugovora zbog prome-njenih okolnosti. Ovo stoga, što se upravo ova ustanova zasniva na otežanoj mo-gućnosti, a ne na nemogućnosti, razume se, uz ispunjenje i drugih konstitutivnih uslova o kojima će kasnije biti reči.

Ali, nezavisno od toga, vratimo se pojmu otežane mogućnosti i njenih slič-nosti i razlika prema nemogućnosti.

Pre svega, otežana mogućnost je jedan pravni standard, generalna klauzu-la, koja mora biti utvrđena u svakom konkretnom slučaju shodno pravno relevan-tnim okolnostima. To nije uvek lako utvrditi sa stanovišta opšte pravne sigurnosti. S druge strane, i kada se otežana mogućnost utvrdi, to još nije razlog za oslobođe-nje od izvršenja preuzete obaveze, bar ne u pravnim sistemima koji promenjenim okolnostima daju odgovarajući značaj (npr. klauzula *rebus sic stantibus*).

Kod otežane mogućnosti prestacija je objektivno ostvariva, ali bi dužnik morao da preduzme odgovarajuće postupke koji nisu uobičajeni niti su bili pred-vidljivi u momentu nastanka obaveze i koji dovode u pitanje svrhu obvezivanja

(npr. nesrazmerni troškovi oko nabavke i isporuke određene stvari koji nisu bili očekivani niti su bili u sferi predvidljivosti prilikom zaključenja ugovora). Međutim, kada se *otežana mogućnost* iskaže u individualnoj nemogućnosti da se izvrši predmet dugovane obaveze, onda se dužnik može osloboditi te obaveze samo, ukoliko je u konkretnom slučaju pouzdano utvrđena ta mogućnost ili zbog strogo određenih ličnih svojstava dužnika, ili, ako je individualno određena stvar koja je bila predmet obaveze, propala usled dejstva više sile ili druge slične ili srodne nastale okolnosti.

U tom smislu evo jednog mogućeg primera: po ugovoru o delu koji je zaključen intuitu personae, profesionalni poslenik se obavezao da u određenom roku izradi određenu stvar i da je u istom roku preda naručiocu posla uz odgovarajuću novčanu naknadu. Međutim, u okviru ugovorenog roka poslenik se teško razboleo tako da je potupno izgubio profesionalnu i opštu radnu sposobnost, koja ga je sprečila da izvrši preuzetu obavezu. U pitanju je, dakle, subjektivna, trajna, potpuna i naknadna nemogućnost, a ne otežana mogućnost izvršenja preuzete obaveze. U ovakvom slučaju primenjuju se zakonska pravila o prestanku obaveze a to znači i pravila o oslobođenju dužnika od odgovornosti.³⁶ Naprotiv, ako opet za primer uzmemo ugovor o delu, ali sada pretpostavimo da je poslenik u punoj profesionalnoj kondiciji, ali naručeni predmet nije proizveo niti ga je predao naručiocu posla, pozivajući se na otežanu mogućnost ispunjenja jer u okviru ugovorenog roka došlo je do nepredviđenog naglog skoka cena potrebnog materijala za izradu naručene stvari, i da bi on, upravo zbog toga, bio izložen nesrazmernim troškovima koji bi u suštini osujetili samu svrhu zaključenog ugovora.

U takvoj situaciji, ova vrsta *otežane mogućnosti*, po pravnim posledicama, ne može se izjednačiti sa nemogućnošću ispunjenja opisanog u prethodnom primeru. Drugim rečima, ovaj drugi primer po svojoj pravnoj prirodi ne spada pod pojam nemogućnosti ispunjenja u smislu čl. 354 Zakona o obligacionim odnosima, već, eventualno, pod uslovom ispunjenja i svih drugih zakonskih pretpostavki, on bi se našao u režimu pravnog dejstva promenjenih okolnosti u smislu čl. 133-136 Zakona o obligacionim odnosima.

Najzad, pomenimo još i to: kad predmet obaveze nije činjenje, kao što je slučaj u pomenutim primerima već predaja stvari određena po rodu – generične stvari (npr. kod kupoprodaje), tada obaveza ne prestaje čak i u slučaju kada takve dužnikove stvari propadnu usled okolnosti za koje on ne odgovara. Razlog je u tome, što, u principu “rod ne propada” odnosno ako bi ipak ceo rod bio izopšten (npr. neka vrsta životinja) onda se na takav slučaj pomenuto pravilo ne primenjuje.

³⁶ Čl. 354 Zakona o obligacionim odnosima.

Međutim, kada je reč o otežanoj mogućnosti izvršenja obaveze, i pored pomenutih razlika u odnosu na nemogućnost ispunjenja, izražena su i shvatanja da otežanu mogućnost treba izjednačiti sa nemogućnošću, ukoliko je otežana mogućnost takvog intenziteta da opterećuje dužnika preko očekivane granice i da na taj način “dovede u pitanje svoj sopstveni interes”³⁷

U tom smislu, ovde navodimo i rešenje Jednoobraznog tragačkog zakonika Sjedinjenih Američkih Država od 1962. god., prema kome, docnja u isporuci, odnosno potpuna ili delimična neisporuka od strane prodavca, ne predstavlja kršenje njegovih obaveza po ugovoru o kupoprodaji, ukoliko predviđeno izvršenje postane *neceleshodno* zbog nastupanja nekog događaja čije je nastupanje bilo osnovna pretpostavka za zaključenje toga ugovora ili zbog pokoravanja dobroj veri važećim propisima strane ili domaće države, bez obzira da li će isti kasnije biti proglašen nevažećim.³⁸

Što se tiče teorijskog pogleda na tzv. nedostižnost davanja, navodimo sledeći stav: Ako svedemo razlaganja o pretpostavkama, pod kojima dužnik sme tražiti oslobođenje od ugovorne obaveze, zbog docnije nastupele teškoće davanja, onda proizilazi ovo: nedostižnost, koju valja uzeti u obzir, postoji samo onda, ako je davanje dužnikovo naknadnim, nepredvidljivim događajima, koji privredno stanje

³⁷ Opširnije videti sveobuhvatnu studiju o ovom pitanju: Dragoljub Arandelović, *Clausula rebus sic stantibus i nedostižnost davanja*, Biblioteka za pravne i društvene nauke, Zbirka rasprava, izdavač Knjižarnica Gece Kona, Beograd 1926, str. 43-70. U ovoj studiji detaljno su izložena teorijska shvatanja, uporedna rešenja (Francuska, Nemačka, Austrija, Srbija), kao i odgovarajuća sudska praksa. Tako, npr., po pitanju nemogućnosti ispunjenja obaveze, navodi se Odluka Bečke trgovačke komore od 1916. godine, prema kojoj: “Pod nemogućnošću činidbe podrazumeva se ne samo fizička nemogućnosti, već i nesrazmernost činidbe, to jest potreba za jednog ugovorača da radi ispunjenja ugovora žrtvuje ili dovede u pitanje svoj sopstveni interes, koji se prema interesu drugog ugovorača ima privredno smatrati kao nesrazmerno veći” (str. 49 citirane Zbirke rasprava). O istom pitanju, videti i studiju: Vrleta Krulj, *Promenjene okolnosti i ugovorna odgovornost – nemogućnost ispunjenja*, viša sila, klauzula *rebus sic stantibus*, Beograd 1967; Vladimir Kapor, *Uticaj promjenjenih okolnosti na ispunjenje privrednog ugovora*, Arhiv za pravne i društvene nauke, Beograd 1952, br. 4, str. 401.

³⁸ Nadalje, ovaj tekst glasi: ako pomenuti uzroci samo delimično utiču na prodavčeve mogućnosti da izvrši ugovor, prodavac je dužan da proizvodnju i isporuke raspodeli među svoje kupce s tim što u tu raspodelu može, prema svom nahodenju, uključiti i redovne kupce sa kojima u to vreme nema zaključene ugovore, a od sirovina zadržati onu količinu koja mu je potrebna za dalju proizvodnju. Prodavac može taj raspored izvršiti na svaki pošten i uobičajen način. Prodavac mora blagovremeno obavestiti kupca da predstoji docnja ili neisporuka, a za slučaj da je predviđena raspodela u gore pomenutom smislu, mora ga obavestiti o procenjenoj kvoti koju može dobiti putem te raspodele. Opširnije videti, *Jednoobrazni trgovački zakonik SAD iz 1962. god.*, izd. Instituta za uporedno pravo, Beograd 1966, Predgovor John Hazard, pogovor Jelena Vilus, str. 109, čl. 2-615, pod naslovom: *Oslobođenje od obaveza zbog toga što su posle zaključenja ugovora nastupili neočekivani događaji*”.

izmenjuje, tako otežano da ono prema protivdavanju poverioca ni u kakvoj više srazmeri ne stoji, i njegovo ispunjenje za dužnika, prema razmerama njegove radnje, jednu veliku žrtvu predstavlja. Prigovoru nema mesta, ako ovo oštećenje leži u krivici dužnika.³⁹

Kao što se vidi, zaključak ovog teorijskog stanovišta, svojim kvalifikacijama, više upućuje na ustanovu raskida ili revizije ugovora zbog promenjenih okolnosti, nego samo na mogućnost ili otežanu mogućnost u izvršenju preuzetih obaveza.

Drugim rečima, kao što ćemo dalje videti, nemogućnost nije atribut klauzule rebus sic stantibus, već su to promenjene okolnosti koje se nisu mogle predvideti, a koje su nastupele pre roka dospelosti, i koje otežavaju ispunjenje ugovora do te mere, da bi po opštem mišljenju bilo nepravično održati ga na snazi.⁴⁰ Taj element *opšteg mišljenja* u kumulaciji sa sticajem drugih zakonom predviđenih uslova, a posebno sa kriterijumom *pravičnosti*, upravo razdvaja klauzulu rebus sic stantibus, kako od nemogućnosti, tako i od nekvalifikovane otežane mogućnosti u izvršenju preuzetih obaveza.⁴¹

ZAŠTITA EKVIVALENTNOSTI

Nemogućnost i otežana mogućnost izvršenja obligacije dolaze u red onih pravnih sredstava kojima se štiti ekvivalentnost kao načelo jednake vrednosti davanja. To načelo naročito se primenjuje u oblasti ugovorne i deliktne odgovornosti sa težnjom da se postigne pravičan odnos uzajamnih prestacija.⁴²

Zaštita ekvivalentnosti postiže se različitim pravnim sredstvima: u dvostrano obveznim ugovorima ekvivalentnost se prevashodno štiti sankcijom koja prati prekomerno oštećenje (*laesio enormis*), zabranom zelenaških ugovora, raskidom i revizijom ugovora zbog promenjenih okolnosti (klauzula rebus sic stantibus), odgovornošću za fizičke i pravne nedostatke stvari (evikcija). U oblasti deliktne odgovornosti uglavnom vlada princip integralne naknade, što u krajnjem ishodu znači zaštitu ekvivalentnosti u slučaju povrede ličnih i imovinskih dobara.

Ovo bi bila samo neka vrsta skice zaštite načela ekvivalentnosti, i to samo kao uvodna napomena za zaključna razmatranja pitanja nemogućnosti i otežane mogućnosti, što je teme ovoga rada.

³⁹ Dragoljub Arandžević, nav. delo, str. 61.

⁴⁰ Mihailo Konstantinović, *Skica za Zakonik o obligacijama i ugovorima*, Pravni fakultet u Beogradu, 1969, čl. 103, 104.

⁴¹ U tom smislu, opširnije videti: Stevan Jakšić, nav. delo, str. 425.

⁴² Opširnije, Živomir Đorđević, *Problem ekvivalentnosti u obligacionom pravu*, Beograd 1958, str. 5-112.

Upravo sa motivom, da temu ovoga rada vidimo na širem prostoru na kome su različita pravna sredstva povezana istom svrhom zaštite ekvivalentnosti, čini se, da nemogućnost i otežanu mogućnost ne treba izolovano posmatrati, već u kontekstu, pre svega, sa: egzistencijalnom sudbinom dvostrano obaveznog ugovora u slučaju promenjenih okolnosti; nesrazmere uzajamnih davanja kod prekomernog oštećenja; očigledne nesrazmere uzajamnih davanja koristeći se tuđom nevoljom kod zelenaških ugovora.

Savremeni pravni sistemi, u većini slučajeva, poznaju ustanovu raskida i revizije ugovora zbog promenjenih okolnosti⁴³ Među njima razlike postoje, često jezičke prirode i različite formulacije potrebnih uslova, ali njihovo zajedničko mesto upravo se nalazi u *otežanoj mogućnosti* izvršenja preuzetih obaveza koje se na različite načine formuliše. Ona se, uz uslov nepredviđenih promenjenih okolnosti, uvek nalazi u samoj osnovi ove ustanove. Još jedanput: nije reč o nemogućnosti, već o kvalifikovanoj otežanoj mogućnosti izvršenja obaveza.

Pri tome, otežana mogućnost, kao uslov klauzule *rebus sic stantibus*, nikada nije sama sebi dovoljna, već se ona uvek nalazi u širem kontekstu potrebnih uslova. Drugim rečima, otežana mogućnosti ne može biti relevantna u smislu nekih ličnih (privatnih) teškoća i prepreka već se uvek uzimaju kriterijumi pravičnosti i opšteg mišljenja.

Ako uzmemo za primer naše pozitivno pravo (čl. 133 Zakona o obligacionim odnosima) videćemo da se otežano ispunjenje obaveze jedne strane uvek javlja u integritetu neostvarenja svrhe ugovora kao i, već više puta naglašeno, da bi po opštem mišljenju bilo nepravično, takav ugovor održati na snazi.

Kao što se vidi, otežano izvršenje mora da odgovori zahtevu dva pravna standarda: opšte mišljenje i pravičnost. I to nije sve: prethodno potrebno je utvrditi izvanrednost događaja koji se nije mogao predvideti i koji je prouzrokovao otežano izvršenje. Pri tome, taj izvanredni događaj trebalo bi da je nastupio pre dospelosti obaveze, jer ako je dužnik u docnji, on se ne može pozivati na promenjene okolnosti. Ostali uslovi odnose se na postupak primene ovog pravnog sred-

⁴³ Opširnije, D. Arandelović, nav. delo, str. 43-70; V. Krulj, nav. delo, str. 29; V. Kapor, nav. delo, str. 401; L. Urošević, Klauzula "rebus sic stantibus", časopis Pravosuđe, Beograd, br. 1 i br. 2, 1937; C.M. Popescu, Essai d'une théorie de l'imprévision en droit français et comparé, Paris 1937; A. Bruzin, Essai sur la notion d'imprévision et sur son rôle en matière contractuelle, Le Puy, 1922; C. Stoyanovitch, De l'intervention du juge dans les contrats en cas de survenance de circonstances imprévues – Théorie de l'imprévision, Marseille 1941; G. Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Paris 1949, naročito str. 129-157.

stva kao i na primere okolnosti od značaja za odluku suda i pitanje važnosti odri-
canja stranaka od pozivanja na promenjene okolnosti.⁴⁴

Kao što se vidi, Zakon o obligacionim odnosima regulisao je ovo pitanje na
jedan uravnotežen način uz napor da obe strane zaštiti od izvanrednih i nepred-
vidljivih događaja koji su bitno poremetili ekvivalentnost uzajamnih davanja kod
dvostrano obaveznih ugovora.

U osnovi, nešto više od dvadeset godina posle donošenja Zakona o obliga-
cionim odnosima (1978), slična rešenja nalazimo i u Načelima Evropskog ugo-
vornog prava.⁴⁵ Prema ovim Načelima, pod naslovom "Promenjene okolnosti" či-
tamo: Ugovorna strana će biti obavezna da ispuni svoje obaveze čak i ako je to
postalo otežano, bilo stoga što su troškovi ispunjenja porasli ili stoga što se sma-
njila vrednost ispunjenja ugovora. Međutim, ukoliko ispunjenje ugovora postane
preterano otežano zbog promenjenih okolnosti, ugovorne strane će biti obave-
zne da započnu pregovore u cilju prilagođavanja ili prekida pod uslovom: a) da je
do promenjenih okolnosti došlo posle zaključenja ugovora; b) da se promenjene
okolnosti razumno nisu mogle uzeti u obzir u vreme zaključenja ugovora, i c) da
rizik od promenjenih okolnosti nije nešto što bi prema ugovoru pogođena stra-
na trebalo da snosi. Ukoliko strane ne postignu sporazum u razumnom roku, sud
može: a) da raskine ugovor na dan i pod uslovima koje bude odredio sud; ili b) da
prilagodi ugovor tako da se između ugovornih strana pravično i podjednako ras-
podele gubici i dobici koji proizilaze iz promenjenih okolnosti. U bilo kom sluča-
ju, sud može da dosudi plaćanje naknade štete za pretrpljeni gubitak zbog strane
koja je odbila da pregovara ili je prekinula pregovore suprotno načelu savesnosti i
poštenja.

Pored do sada izloženog pitanja uticaja promenjenih okolnosti na izvrše-
nje obligacionog ugovora, zaštita principa ekvivalencije, kao što smo već naglasili,
ostvaruje se i putem dva pravna sredstva: prekomerno oštećenje (*laesio enormis*)

⁴⁴ Opširnije videti već citiranu literaturu o uticaju promenjenih okolnosti na opstanak ugo-
vora, a takođe i Komentare Zakona o obligacionim odnosima: B. Blagojević i V. Krulj, I knj. 2. izd.,
Savremena administracija, Beograd 1983, str. 398-407; B. Vizner, Komentar Zakona o obveznim
(obligacionim) odnosima, knj. I, Zagreb 1978, str. 528-544.

Pored ovih izvora, za istorijat ove ustanove u našem pravu, videti: Opšte uzanse za promet
robom iz 1954. g. i njihovu primenu u praksi, sa Komentarom: Ratimir Kašanić i Vojislav Kukoljac,
izd. Finansijski studio, Beograd 1967, str. 58-64, uzanse br. 55-59, gde su regulisana pitanja: uslo-
vi za traženje izmene i raskida ugovora zbog promenjenih okolnosti; primeri izvanrednih događa-
ja; odredbe ugovora koje se mogu izmeniti; prava stranke kad druga stranka traži izmenu ili raskid
ugovora; saopštavanje zahteva za izmenu ili raskid ugovora.

⁴⁵ Načela evropskog ugovornog prava (Principles of European Contract Law – PECL) u iz-
danju Evropskog centra za mir i razvoj (ECPD) Univerziteta za mir Ujedinjenih nacija, Uvodne na-
pomene Jelena Vilus, Beograd 2003, str. 42, čl. 6.111.

i zabrana zelenaških ugovora. Oba se zasnivaju na tzv. očiglednoj nesrazmernoj uzajamnih davanja. Tako, prema Zakonu o obligacionim odnosima prekomerno oštećenje se definiše sledećim rečima: ako je između obaveza ugovornih strana u dvostranom ugovoru postojala u vreme zaključenja ugovora očigledna nesrazmera, oštećenja strana može zahtevati poništenje ugovora ako za pravu vrednost tada nije znala niti je morala znati. Ugovor će ostati na snazi ako druga strana ponudi dopunu do prave vrednosti. Zbog ove nesrazmere ne može se tražiti poništenje ugovora na sreću (aleatorni ugovori), javne prodaje, kao ni onda kad je za stvar data cena iz osobite naklonosti (afekciona vrednost).⁴⁶

Kao što se vidi, za razliku od promenjenih okolnosti, ovde do očiglednije nesrazmere dolazi pod dejstvom zablude oštećenog koja se odnosi na pravu vrednost stvari. I kod ovog pravnog sredstva zaštita ekvivalencije, kao i kod klauzule rebus sic stantibus, smatra se da razlozi pravičnosti nalažu da se ugovornim stranama pruži mogućnost da uspostave narušenu ekvivalentnu vrednost uzajamnih prestacija. Zakonodavac je u ovom pogledu imperativan u tom smislu što se predviđa da se ugovorne strane ne mogu unapred odreći od ovoga prava.⁴⁷

Kod zelenaških ugovora, takođe, dolazi do očigledne nesrazmere, ali iz drugih razloga u odnosu na do sada izložena pravna sredstva kojima se štiti načelo jednake vrednosti davanja kod dvostrano obveznih ugovora. Dok se kod klauzule rebus sic stantibus uzrok nesrazmere vidi u nastupanju relevantnih promenjenih okolnosti, a kod prekomernog oštećenja ta nesrazmera dolazi kao posledica zablude oštećenog, dotle je kod zelenaških ugovora očigledna nesrazmera posledica iskorišćavanja određenih subjektivnih momenata na strani oštećenog ugovornika. Ta stanja su po svojoj prirodi takva da oštećenog stavljaju u podređeni položaj koji koristi drugi ugovornik i na taj način, grubo kršeći princip ekvivalencije, izvlači za sebe ili nekog trećeg, nesrazmernu korist. Zakon o obligacionim odnosima navodi nekoliko takvih stanja: nužda (preka potreba za nečim), teško materijalno stanje, nedovoljno iskustvo, lakomislenost, zavisnost, kao i druge slične okolnosti.⁴⁸

⁴⁶ Čl. 139 Zakona o obligacionim odnosima. Opširnije, M. Konstantinović, Oštećenje preko polovine i zelenaški ugovori, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, 1954, br. 2, str. 213; D. Arandelović, O oštećenju preko polovine kod treretnih ugovora, *Zbirka rasprava*, Beograd 1926, str. 21-42; J. Salma, Prekomerno oštećenje, *Enciklopedija imovinskog prava*, tom II, izd. Službeni list SFRJ, Beograd 1978, str. 1176-1188.

⁴⁷ Čl. 139, st. 3 Zakona o obligacionim odnosima.

⁴⁸ U tom smislu, čl. 141 Zakona o obligacionim odnosima predviđa: ništav je ugovor kojim neko, koristeći se stanjem nužde ili teškim materijalnim stanjem drugog, njegovim nedovoljnim iskustvom, lakomislenošću ili zavisnošću, ugovori za sebe ili za nekog trećeg korist koja je u očiglednoj nesrazmernoj sa onim što je on drugome dao ili učinio, ili se obavezao dati ili učiniti. Na ze-

OPŠTI ZAKLJUČAK

– Nemogućnost i otežana mogućnost ispunjenja obligacije nalazi primenu na mnogim područjima obligacionih odnosa, naročito kod ugovorne i deliktne odgovornosti;

– Nemogućnost kao način prestanka ili izmene postojeće obligacije, može se javiti u različitim i brojnim oblicima: apsolutna (objektivna) i relativna (subjektivna), faktička i pravna, početna i naknadna, potpuna i delimična, privremena i trajna;

– Svaka od navedenih vrsta nemogućnosti proizvodi različite pravne posledice. One su nekada imperativne tako da sprečavaju nastanak ugovora sa sankcijom apsolutne ništavosti (objektivna i početna nemogućnost), a nekada se samo odražavaju na pitanje odgovornosti za nastupelu nemogućnost;

– U slučaju delimične nemogućnosti ispunjenja (objektivna i naknadna) moguće je da ugovor opstane (*utile per inutile non vitiatur*) sa odgovarajućim pravnim posledicama u pogledu srazmernog smanjenja obaveze;

– Komparativni pogled na evropske kodifikacije građanskog prava koje su zasnovane na izvorima rimskog prava, pitanje nemogućnosti ispunjenja u osnovi rešavaju na isti ili sličan način, razume se, uz izvesne, često i brojne, varijante koje su prilagođene odgovarajućem prostoru i vremenu;

– Za razliku od nemogućnosti ispunjenja i njenih brojnih vrsta, otežana mogućnost ispunjenja podrazumeva mogućnost ostvarenja ali uz povredu načela ekvivalentnosti, što se odražava na opstanak određenog obligacionog odnosa ili na njegovu izmenu odnosno reviziju;

– U tom kontekstu, otežana mogućnost ispunjenja dobila je konkretnu primenu u različitim pravnim sredstvima kojima se štiti ekvivalentnost uzajamnih prestacija;

– Među tim sredstvima, posebno mesto zauzima raskid ili izmena ugovora zbog promenjenih okolnosti koja, sa sticajem zakonom predviđenih uslova, predstavlja aktuelnu i značajnu ustanovu prihvaćenu od mnogih savremenih pravnih sistema.

naški ugovor se shodno primenjuju zakonske odredbe o posledicama ništavosti i o delimičnoj ništavosti ugovora. Opširnije videti, B. Blagojević i V. Krulj, nav. delo, str. 416.

MARKO PEROVIĆ

Assistant, Faculty of Law,
University of Belgrade

IMPOSSIBILITY AND ONEROUS PERFORMANCE OF AN OBLIGATION

Summary

Author of this paper considered question of influence impossibility of fulfilment on existence of obligation. During to the Law of obligations, an obligation shall come to an end should its fulfilment be impossible due to circumstances for which the debtor is not to blame. A debtor shall be expected to prove the existence of the circumstances exempting him for liability. Should subject of obligation be objects (of property) specified by kind, the obligation shall not come to an end even should all of such objects, possessed by the debtor, be lost due to circumstances for which he is not to blame. However, should the subject of obligation relate to objects specified by kind which have to be taken out of a specific mass of such objects, the obligation shall come to an end should the entire mass be lost.

In this context author analysed also the question repudiation or alteration of contract due to changed circumstances (hardship). The author pointed out similarities between impossibility of fulfilment and hardship, but it is especially pointed out the differences between these two institutions in those jurisdictions which regulate them as separate legal institutions.

VLADIMIR VRHOVŠEK,
VLADIMIR KOZAR

NAKNADA MATERIJALNE I NEMATERIJALNE ŠTETE FIZIČKIM I PRAVNIM LICIMA U PRAVU REPUBLIKE SRBIJE

U V O D

U radu su prikazane zakonske odredbe, mišljenja pravne nauke, kao i stavovi sudske prakse o naknadi materijalne i nematerijalne štete fizičkim i pravnim licima u pravnom sistemu Republike Srbije. Posebno su razmotrena pitanja koja se odnose: na odgovornost za štetu po osnovu krivice; na učešće više lica u nastanku štete i doprinos oštećenog; na stvarnu štetu i izmaklu korist kao vidove materijalne štete i pojam nematerijalne štete; na naknadu materijalne štete po principu reparacije i kriterijume za odmeravanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete; na objektivnu odgovornost za štetu nastala u vezi sa opasnom stvari; na odgovornost za štetu zbog zlostavljanja na radu; na pravo uzbunjivača na naknadu štete; na pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete zbog objavljivanja informacije u medijima; kao i na naknadu nematerijalne štete pravnom licu zbog narušavanja poslovnog ugleda povredom žiga i nelojalnom konkurencijom.

Prema članu 155. Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO)¹ šteta je umanjeње nečije imovine (obična šteta) i sprečavanje njenog po-

Vladimir Vrhovšek, sudija Višeg suda u Beogradu.

Dr Vladimir Kozar, profesor Pravnog fakulteta za privredu i pravosuđe Univerziteta Privredna akademija u Novom Sadu.

¹ "Službeni list SFRJ", br. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, "Službeni list SRJ", br. 31/93, (22/99, 23/99, 35/99, 44/99.

većanja (izmakla korist), kao i nanošenje drugome fizičkog ili psihičkog bola ili straha (nematerijalna šteta). Štetnik je lice koje je prouzrokovalo štetu, a oštećeni je lice kome je prouzrokovana šteta. Prema članu 16. ZOO svako je dužan da se uzdrži od postupka kojim se može drugom prouzrokovati šteta. Prema odredbi člana 154. stav 1. ZOO, ko drugome prouzrokuje štetu dužan je naknaditi je, ukoliko ne dokaže da je šteta nastala bez njegove krivice. Prema članu 158. ZOO krivica postoji kada je štetnik prouzrokovao štetu namerno ili nepažnjom.

Odgovornost za štetu po osnovu krivice

Za postojanje odgovornosti po osnovu krivice potrebno je da se ispune uslovi: postojanje štete, da je šteta nastala protivpravnom radnjom ili propuštanjem štetnika, da se ta radnja i nastala šteta mogu pripisati u krivicu štetnika i da postoji uzročna veza između protivpravne radnje i štete. Kada se prouzrokuje šteta radnjom ili propuštanjem nekog lica, potrebno je utvrditi nastalu krivicu. Ona se utvrđuje poređenjem njegovog ponašanja sa ponašanjem razumnog i pažljivog čoveka. Krivim se smatra ono lice koje je uradilo nešto što nije trebalo da uradi, ili je propustilo da uradi ono što nije trebalo da propusti. Da bi se odgovaralo za štetu potrebno je da kod lica postoji sposobnost za rasuđivanje. Maloletna, umobolna i slaboumna lica ne mogu biti kriva, tj. odgovorna za štetu. Krivica postoji kad je šteta prouzrokovana namerno ili nepažnjom. Namera postoji kad je štetnik bio svestan svog postupka i kad je hteo da nastupi posledica, pa je i pristao na to. Nepažnja postoji kad štetnik nije postupio s pažnjom prosečnog čoveka (obična nepažnja) ili s pažnjom vrlo pažljivog čoveka (krajnja nepažnja). Jedno lice odgovara za štetu samo ako je šteta nastupila kao posledica njegove radnje (uzročna veza)².

Po pravilu o presumiranoj krivici u članu 154. stav 1. ZOO, presumira se samo najblaži stepen krivice (obična nepažnja – *culpa levis*) učinioca štete. Teži stepen krivice (gruba nepažnja i namera) se presumira samo ako je takva presumpcija zakonskim pravom izričito utvrđena ili ako iz smisla odnosnog zakonskog pravila to nesumnjivo proizlazi. Izvan tih slučajeva stepen krivice dokazuje se prema opštim pravilima parničnog postupka.³

² Dimitrije Milić "Priručnik obligaciono pravo sa sudskom praksom Zakon o obligacionim odnosima" 3. dopunjeno izdanje, izdavač NNK – Internatlonal, godina 2003, str. 78-79.

³ Zajednička sednica Saveznog suda, Vrhovnih sudova i Vrhovnog vojnog suda od 25. i 26.03.1980. godine, objavljen u: "Naknada nematerijalne štete – zbornik radova sa 4. savetovanja o naknadi štete", sudsku praksu priredio Aleksandar Radovanov, urednik: Zdravko Petrović, izdavač "Euromedia" d.o.o. Budva, godina 2001, str. 231-232.

Učešće više lica u nastanku štete i doprinos oštećenog

U nastanku štete može učestvovati više lica, pa i oštećeni. Lice koje je oštećeno može imati udela u nastanku štete, a može doprineti da ona bude veća. Kada oštećeni doprinese nastanku štete imamo podeljenu odgovornost za nastanak štete. Oštećenik koji je doprineo da nastane šteta, ili da ona bude veća nego što bi inače bila, ima pravo samo na srazmerno smanjenu naknadu. U slučajevima kada je nemoguće utvrditi koji deo štete potiče od oštećenikove radnje, naknadu će dosuditi sud pri čemu će voditi računa o svim okolnostima slučaja – prema odredbi člana 192. ZOO⁴.

Za pravilnu primenu materijalnog prava u sporu radi naknade štete od značaja je ponašanje oštećenog radi eventualne primene pravila o podeljenoj odgovornosti, jer u prisustvu doprinosa oštećenog u nastanku štetnih posledica, štetnik ne bi bio dužan da naknadi celokupnu štetu, već samo deo štete koji se može pripisati njegovoj nedozvoljenoj radnji, odnosno njegovoj krivici.⁵

Stvarna šteta i izmakla korist kao vidovi materijalne štete i pojam nematerijalne štete

Materijalna šteta predstavlja povredu imovinskih dobara nekog lica. Materijalna šteta se najčešće deli na: običnu, prostu, stvarnu štetu i izmaklu korist (član 155. ZOO). Kod obične štete dolazi do umanjivanja postojeće imovine oštećenog. Dolazi do smanjenja aktive odnosno povećanja pasive nekog lica. Usled povrede ličnosti postoje izdaci: lečenja, gubitka zarade i dr.

Nematerijalna šteta predstavlja povredu prava ličnosti ličnih dobara, života, zdravlja, časti, slobode. Nematerijalna šteta se javlja u raznim vidovima: pretrpljenim fizičkim bolovima, pretrpljenim duševnim bolovima, umanjivanju opšte životne sposobnosti, naruženosti, povredi časti i ugleda, slobode ili prava ličnosti, smrti bliskog lica, pretrpljenom strahu (član 200. stav 1. ZOO).⁶

Dok je materijalnu štetu moguće reparirati, kod nematerijalne štete nije moguće uspostaviti pređašnje stanje. Stoga se u pravnoj teoriji, pa i u sudskoj praksi, pitanje njene naknade postavilo kao sporno. Po jednom mišljenju pravne doktrine, nematerijalna šteta ne može da se ceni u novcu jer se moralne vrednosti ne mogu svesti na novac. Dosuđivanje novčane naknade predstavlja komercijalizaciju moralnih vrednosti pošto se štetne posledice nastale povredom ličnih dobara ne mogu otkloniti isplatom u novcu. Zato određena novčana naknada nematerijalne štete predstavlja, u stvari, novčanu kaznu u korist oštećenog. Sledstve-

⁴ Dimitrije Milić, navedeno delo, strana 107.

⁵ Iz odluke Vrhovnog suda Srbije, Rev 336/81.

⁶ Dimitrije Milić, navedeno delo, str. 73-74.

no tome, novčana kazna predstavlja sankciju povrede zakonske zabrane, a ne naknadu štete. Dovoljna je krivičnopravna zaštita za povređena lična dobra, dok je građanskopravna zaštita nepotrebna. Po ovom mišljenju građanskopravna zaštita predstavlja neku vrstu privatne kazne kada se dosuđuju određene sume novca na ime naknade nematerijalne štete. Po drugom mišljenju, naknada nematerijalne štete u novcu ne predstavlja novčanu kaznu, jer se ne mora dosuditi u svakom slučaju i nije unapred određena u nekom iznosu, već je sud dosuđuje po slobodnoj oceni u svakom konkretnom slučaju. Ako se ne bi priznala naknada nematerijalne štete, proizilazilo bi da je imovina bolje zaštićena od ličnih dobara, a što svakako civilizacijski nije prihvatljivo. Naknada nematerijalne štete dosuđivanjem pravične naknade u novcu u suštini predstavlja satisfakciju oštećenim licima, koja istina ne mogu vratiti "svoja povređena moralna dobra" u pređašnje stanje, ali mogu dosuđivanjem materijalnih dobara postići određeno stanje psihičkog zadovoljstva i mira. Pošto kod nematerijalne štete nije moguće uspostaviti pređašnje stanje u ovim slučajevima jedino se može ostvariti svrha i cilj naknade putem isplate određene svote novca čime će se oštećenim licima dati satisfakcija.⁷

Novčana naknada nematerijalne štete nije cilj nego sredstvo kojim oštećeni, zadovoljavanjem životnih potreba koje ne bi mogao podmiriti, olakšava sebi život i, čineći ga podnošljivijim, ublažava duševni bol koji podnosi. Shvaćena u ovom smislu, naknada nematerijalne štete se doživljava, kao što se doživljava i nematerijalna šteta. Šteta je neprijatan, a njena naknada prijatan doživljaj. Takvom naknadom se jedino može i potisnuti patnja izazvana doživljajem nematerijalne štete. Imajući ovo u vidu, a vodeći računa o značaju povređenog dobra i navedenom cilju pravične naknade, sud smatra da će, uz pomoć dosuđenog iznosa, tužiocima moći da dožive izvesnu satisfakciju za duševni bol izazvan smrću bliskog lica. Njena visina ne pogoduje težnjama koje nisu spojive sa prirodom i svrhom naknade nematerijalne štete.⁸

*Naknada materijalne štete po principu reparacije i kriterijumi
za odmeravanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete*

Od strane Vlade Republike Srbije, donošenjem Uredbe o naknadi štete na licima, učinjen je pokušaj da se bliže uredi način i kriterijumi za utvrđivanje materijalne i nematerijalne štete, pri čemu je uzeto u obzir sledeće: težina telesne povrede ili narušenog zdravlja, odnosno stepen delimične onesposobljenosti za rad, kao i krug lica koja imaju pravo na naknadu i maksimalni iznos naknade za pretrpljene bolove usled smrti ili teškog invaliditeta nekog lica. Međutim, odlukom

⁷ Aleksandar Radovanov, "Naknada nematerijalne štete", časopis "Pravo teorija i praksa", Novi Sad, septembar – oktobar 2010, br. 9-10, str. 23-24.

⁸ Iz presude Vrhovnog suda Srbije, Rev. 4518/94 od 21.9.1994.

Ustavnog suda Republike Srbije IUo-904/2010 od 24.01.2013. godine, utvrđeno je da navedena Uredba o naknadi šteta na licima ("Službeni glasnik RS", broj 34/10) nije u saglasnosti sa Ustavom i zakonom.

Dakle, kako ne postoje uređen način i kriterijumi za utvrđivanje visine naknade materijalne i nematerijalne štete, visinu naknade materijalne štete sud utvrđuje poštujući princip potpune naknade odnosno reparacije, a to znači da se imovina oštećenog vraća u ono stanje kakvo je bilo pre nastanka štete (*restitutio in integrum*). U slučaju da nije moguće vraćanje u pređašnje stanje, sud određuje naknadu u novcu prema cenama u vreme donošenja sudske odluke, izuzev slučaja kada zakon nešto drugo predviđa.

Međutim, kada je u pitanju naknada nematerijalne štete jedno od većnih pitanja u praksi sudova je kako utvrditi tj. odmeriti visinu pravične novčane naknade za pojedine vidove nematerijalne štete i po kojim kriterijumima i merilima postupati da bi se pravilno primenile odredbe član 200. ZOO, kako bi oštećena lica dobila punu satisfakciju. Postoje brojne rasprave u pravnoj doktrini sa različitim gledištima o ovom pitanju, a takođe i prilična neujednačenost sudske prakse. S obzirom da su sporovi iz oblasti naknade štete najbrojniji u praksi sudova opšte nadležnosti i da po pravilu veoma dugo traju, a imajući u vidu da su ovi sporovi izuzetno značajni za građane, osiguravajuće organizacije, državu i druge pravne subjekte, neophodno je učiniti napor da se ovo pitanje svestrano razmotri i zauzmu odgovarajući stavovi, koji će doprineti ravnopravnom položaju građana i bržem, efikasnijem i pravičnijem rešavanju ovih sporova. Pošto kod nematerijalne štete nije moguće uspostaviti pređašnje stanje, u ovim slučajevima jedino se može ostvariti svrha i cilj naknade putem isplate određene svote novca koja će oštećenim licima dati satisfakciju. Upravo zato što naturalna restitucija nije moguća, u sudskoj praksi se postavilo pitanje kriterijuma za odmeravanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete. Sam zakonski tekst člana 200. ZOO prilično je štur i neodređen, pa sudu koji treba da utvrdi visinu novčane naknade ne daje precizne i objektivno merljive kriterijume za odmeravanje visine naknade. Zašto je zakonodavac tako postupio ostaje za diskusiju, ali je sigurno da zakon ostavlja sudu široku mogućnost za kreiranje sudske prakse, što je s jedne strane dobro jer omogućava individualizaciju svakog konkretnog slučaja, ali s druge strane predstavlja opasnost za arbiterno postupanje suda.⁹

Kako je, dakle, zakonski tekst prilično štur i neodređen u odnosu na pitanje kriterijuma za odmeravanje visine pravične novčane naknade nematerijalne štete, a s obzirom na potrebu da se izbegne neujednačenost sudske prakse po ovom pitanju, a sve u cilju postizanja ravnopravnijeg položaja građana, i bržeg, efikasnijeg i pravičnijeg rešavanja ovog pitanja, potrebno je da najviša sudska instanca u državi – Vrhovni kasacioni sud RS – razmotri dosadašnju sudsku praksu i odre-

⁹ Aleksandar Radovanov, navedeno delo, str. 23-24.

di orijentacione kriterijume i iznose koji se na ime novčane naknade nematerijalne štete mogu dosuditi. Neophodno je napomenuti da stavovi i praksa najviše sudske instance, iako nisu izvor prava, predstavljaju putokaz za ujednačavanje sudske prakse nižestepenih sudova – uvek isto postupanje u istim pravnim situacijama, što doprinosi pravnoj sigurnosti. Pri tome, pomenuti orijentacioni kriterijumi ne bi trebalo da predstavljaju matematičku formulu koja bi služila za utvrđivanje i izračunavanje pravične novčane naknade, jer u primeni člana 200. stav 1. ZOO treba imati na umu sve okolnosti slučaja, pri čemu trajanje i jačina fizičkih, duševnih bolova i straha imaju značaj posebno važnih, ali ne i jedinih okolnosti koje sud mora imati u vidu pri određivanju iznosa pravične novčane naknade. Novčana naknada nematerijalne štete može se dosuditi ako sud nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina duševnih bolova i straha, kao i njihovo trajanje to opravdavaju. Ovaj uslov sprečava komercijalizaciju ličnih dobara i suzbija lukrativno motivisane zahteve. Svojevrni karakter nematerijalne štete čini složenim i postupak utvrđivanja njene novčane naknade. U tom postupku značajnu ulogu igraju veštaci. Jer ni fizički bol, ni strah, ni duševni bol nisu činjenice do kojih sudija može da dopre vlastitim stručnim znanjem. Njemu je potrebna pomoć medicinskih stručnjaka koji su u stanju da vidove nematerijalne štete identifikuju, kvalifikuju i zaštite od komercijalizacije.¹⁰

Međutim, iako je sudiji u određenim slučajevima potrebna pomoć veštaka (ukoliko sud ne raspolaže potrebnim stručnim znanjem koje je sudu potrebno radi razjašnjenja odnosno utvrđivanja određenih činjenica bitnih za odlučivanje), nedostatak stručnog znanja na strani suda ne sme značiti ograničavanje suda u slobodnoj oceni veštakovog mišljenja, odnosno ta sudska ocena mora biti potpuna, kao što moraju biti kompletni i nalozi suda kojima rukovodi veštačenje.¹¹

Dakle, imajući u vidu sve navedeno u sudskom postupku se popravljaju samo one nematerijalne štete koje su propisane Zakonom o obligacionim odnosima ili drugim zakonom.

Objektivna odgovornost za štetu nastala u vezi sa opasnom stvari

Odredbom člana 173. ZOO, propisano je da šteta nastala u vezi sa opasnom stvari, odnosno opasnom delatnošću smatra se da potiče od te stvari, odnosno delatnosti, izuzev ako se dokaže da one nisu bile uzrok štete.

Odredbom člana 174. istog zakona propisano je da za štetu od opasne stvari odgovara njen imalac, a za štetu od opasne delatnosti odgovara lice koje se njom bavi, dok je odredbom člana 176. stav 1. istog zakona propisano da umesto ima-

¹⁰ Gavrilović Šćepanović, Zoran Stanković, Zdravko Petrović i saradnici, "Sudskomedicinsko veštačenje nematerijalne štete", izdavač JP "Službeni glasnik", Beograd, 2011. god.

¹¹ Iz rešenja Vrhovnog suda Srbije, Prev. 702/97 od 5. novembra 1997. god.

oca stvari, i isto kao on, odgovara lice kome je imalac poverio stvar da se njome služi, ili lice koje je inače dužno da je nadgleda, a nije kod njega na radu.

Opasnom stvari se smatra svaka ona stvar, pokretna ili nepokretna, čiji položaj ili upotreba, svojstvo ili samopostojanje znači određenu opasnost za okolinu, tako da mora biti nadgledana i upotrebljavana s posebnom pažnjom.¹²

Stabilna fasada objekta, konstruisana i izgrađena po pravilima struke, sama po sebi nije opasna stvar, jer ni svojim položajem, ni upotrebom, ni unutrašnjim osobinama, ni samim postojanjem ne stvara povećanu opasnost za okolinu, ali fasada može predstavljati opasnu stvar, ako je šteta uzrokovana njenim rušenjem usled svojstva fasade, odnosno uzroka koji potiče od same fasade, a bez uticaja radnje oštećenog lica.¹³

Odgovornost za štetu koju pretrpi radnik na radu ili u vezi sa radom. – Ako radnik pretrpi štetu na radu ili u vezi sa radom usled radnje za koju odgovara preduzeće i treće lice, prouzrokovanu štetu su dužni da solidarno naknade oba štetnika.¹⁴

Automobil je pokretna stvar i slobodno se može reći da je neodvojivi deo svakodnevnog života čoveka u današnjem društvu. Međutim, automobil je, kao pokretna stvar, i opasna stvar, kojom se trećem licu (oštećenom u saobraćajnoj nezgodi) prouzrokuje šteta, ukoliko vlasnik - imalac ili korisnik opasne stvari - automobilom ne upravlja sa posebnom pažnjom, a koja se od istih očekuje prilikom upravljanja opasnom stvari (automobilom) u saobraćaju. Prevozno sredstvo, u smislu odredaba člana 3. stav 1. tačka 2. Zakona o obaveznom osiguranju u saobraćaju, motorno je vozilo koje obuhvata i priključno vozilo, a saobraćajna nezgoda je, u smislu tačke 1. ovog člana, događaj u kojem je nastala šteta usled upotrebe prevoznog sredstva, dok je u smislu odredbe tačke 5. ovog člana oštećeno lice svako lice koje ima pravo na naknadu štete na osnovu ovog zakona.

Saglasno odredbama člana 20. st. 1. i 2. ovog zakona, vlasnik motornog vozila, čije vozilo podleže obavezi registracije, dužan je da, pri registraciji motornog vozila, produženju registracije i izdavanju probnih tablica, organu nadležnom za registraciju podnese dokaz o zaključenom ugovoru o osiguranju od autoodgovornosti (stav 1), a vlasnik motornog vozila koje ne podleže obavezi registracije svake godine dužan je da zaključi ugovor o osiguranju od autoodgovornosti prili-

¹² Ivica Crnić i Jadranka Matić, *Odštetno pravo*, zbirka sudskih rješidba o odgovornosti za štetu i popravljnje štete s napomenama i propisima, str. 67, izdavač Faber & Zgumbić Plus d.o.o., Zagreb, 2004. god.

¹³ Iz presude Apelacionog suda u Novom Sadu poslovni broj Gž. 2253/12 od 16.01.2013. godine, autor sentence: Svetlana Đorđević, Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu, broj 5/2013, Inter-mex, Beograd.

¹⁴ Iz odluke Vrhovnog suda Srbije, Rev. 1190/96 od 20.3.1996. god.

kom dobijanja odgovarajuće dozvole za upotrebu i da obnavlja to osiguranje za sve vreme dok je motorno vozilo u saobraćaju (stav 2).

Saglasno odredbama člana 2. stav 1. tačka 2. ovog zakona, jedno od vrsta obaveznog osiguranja u smislu ovog zakona jeste i osiguranje vlasnika motornih vozila za štetu pričinjenu trećim licima, a saglasno odredbama člana 3. stav 1. tačka 4. ovog zakona odgovorno "društvo za osiguranje" je društvo za osiguranje sa kojim je vlasnik prevoznog sredstva, kojim je prouzrokovana šteta, zaključio ugovor o obaveznom osiguranju.

Potraživanje po osnovu osiguranja od autoodgovornosti oštećeno lice ostvaruje podnošenjem odštetnog zahteva neposredno društvu za osiguranje, saglasno odredbi člana 24. stav 1. ovog zakona, a zatim Društvo za osiguranje je, saglasno članu 25. stav 1. ovog zakona, dužno da u roku od 14 dana od dana prijema odštetnog zahteva utvrdi osnov i visinu tog zahteva, da dostavi podnosiocu zahteva obrazloženu ponudu za naknadu štete i da isplati naknadu štete, uz napomenu da Društvo za osiguranje, saglasno članu 26. ovog zakona, novčanu naknadu štete na licima utvrđuje primenom propisanih kriterijuma za naknadu te štete.

Pravo na naknadu štete, po osnovu osiguranja od autoodgovornosti, u smislu odredaba člana 21. st. 1, 2. i 3. ovog zakona, nema: vlasnik motornog vozila čijom mu je upotrebom pričinjena šteta, za štete na stvarima (stav 1.), vozač motornog vozila čijom mu je upotrebom pričinjena šteta (stav 2.) i lice koje je svojevolljno ušlo u motorno vozilo čijom mu je upotrebom pričinjena šteta, a koje je znalo da je to vozilo protivpravno oduzeto (stav 3).

Neophodno je napomenuti i to da u smislu odredaba člana 29. stav 1. tač. 1, 2, 3, 4, 5, 6. i 7. ovog zakona, osigurano lice gubi prava iz osiguranja u sledećim slučajevima: ako vozač nije koristio motorno vozilo u skladu sa njegovom namenom (tačka 1), ako vozač nije imao vozačku dozvolu za upravljanje motornim vozilom određene kategorije, osim ako je vozilom upravljalo lice koje je kandidat za vozača za vreme obuke za upravljanje vozilom, uz poštovanje propisa kojima je ta obuka regulisana (tačka 2), ako je vozaču oduzeta vozačka dozvola ili je isključen iz saobraćaja ili mu je izrečena zaštitna mera zabrane upravljanja motornim vozilom, odnosno zaštitna mera zabrane upotrebe inostrane vozačke dozvole na teritoriji Republike Srbije (tačka 3), ako je vozač upravljao motornim vozilom pod uticajem alkohola iznad dozvoljene granice, opojnih droga, odnosno zabranjenih lekova ili drugih psihoaktivnih supstanci (tačka 4), ako je vozač štetu prouzrokovao namerno (tačka 5), ako je šteta nastala zbog toga što je motorno vozilo bilo tehnički neispravno, a ta je okolnost vozaču vozila bila poznata (tačka 6) i ako je vozač posle saobraćajne nezgode napustio mesto događaja, a da nije dao svoje lične podatke i podatke o osiguranju (tačka 7). Takođe je neophodno napomenuti i to da u smislu odredbe stava 2. ovog člana, gubitak prava iz osiguranja na osnovu stava 1. ovog člana nema uticaja na pravo oštećenog lica na naknadu štete, i da u smislu stava 3. ovog člana društvo za osiguranje koje naknadi štetu oštećenom

licu iz stava 2. ovog člana, stupa u prava oštećenog lica prema licu koje je odgovorno za štetu, za iznos isplaćene naknade, kamatu od isplate naknade i troškove postupka. Poslednje navedeno nas upućuje i na prelaz osiguranikovih prava prema odgovornom licu na osiguravača (subrogacija), a koji je propisan odredbama Zakona o obligacionim odnosima.

Razlozi za formiranje sudske prakse kao i aktuelno rešenje u domaćem zakonu upućuju na zaključak da se granice obaveze osiguravajućih društava proširuju. Kriterijum za pomeranje sa aspekta prava vlasnika vozila, kao ugovarača osiguranja je u sferi uzroka štete. Vlasnik vozila koji "nije bio za volanom" sada ima pravo na naknadu nematerijalne štete. Za slučaj da on "jeste za volanom" ostaje ranije usvojen princip odgovornosti po osnovu krivice. Upravo ovaj kriterijum odlučujući je za opredeljenje da li članovima uže porodice pripada pravo na naknadu štete za duševne bolove zbog smrti, odnosno teškog telesnog invaliditeta bliskog lica odgovornog za nezgodu na teret osiguravajućeg društva. Bez obzira što se domaći zakonodavac nije opredelio da izričito isključi osiguravajuće društvo od obaveze prema članovima uže porodice, čini se da sve izloženo ne daje opravdanja za odstupanje od dosadašnje prakse sudova.¹⁵

Odgovornost za štetu zbog zlostavljanja na radu

Zakonom o sprečavanju zlostavljanja na radu, uređuje se zabrana zlostavljanja na radu i u vezi sa radom, u smislu odredbe člana 1. stav 1. ovog zakona, a saglasno odredbi člana 9. stav 1. ovog zakona poslodavac odgovara za štetu koju odgovorno lice ili zaposleni vršeći zlostavljanje prouzrokuje drugom zaposlenom kod istog poslodavca, u skladu sa ovim zakonom. Prema članu 6. ovog zakona zlostavljanje jeste svako aktivno ili pasivno ponašanje prema zaposlenom ili grupi zaposlenih kod poslodavca koje se ponavlja, a koje za cilj ima ili predstavlja povredu dostojanstva, ugleda, ličnog i profesionalnog integriteta, zdravlja, položaja zaposlenog i koje izaziva strah ili stvara neprijateljsko, ponižavajuće ili uvredljivo okruženje, pogoršava uslove rada ili dovodi do toga da se zaposleni izoluje ili navede da na sopstvenu inicijativu raskine radni odnos ili otkáže ugovor o radu ili drugi ugovor.

Zlostavljanje/Mobing je način ponašanja na mestima rada, kojim jedno (ređe) ili više (grupa) lica (po pravilu više od četiri lica) – drugih zaposlenih, nadređenih /ređe podređenih/ sistematski psihički zlostavlja ili zastrašuje drugo lice, u relativno dužem periodu (gotovo svakodnevno ili periodično više meseci), sa namerom osporavanja profesionalnog ugleda i moralnog integriteta zaposlenog – profesionalnog i ljudskog dostojanstva (svojevrсна stigmatizacija, agresivna manipulacija), u relativno dužem periodu, sa ciljem stvaranja nepodnošljivih

¹⁵ Radoslava Mađarov, referat, Bilten Vrhovnog kasacionog suda broj 4/2014, Intermex, Beograd.

uslova rada (neprijateljskog i neetičkog okruženja, komunikacije), pri čemu se žrtva mobinga nalazi u gotovo bespomoćnom položaju, kako bi sam zaposleni otkazao radni odnos, čime se izbegava isplata naknade zbog otpuštanja od strane poslodavca /iz ekonomskih razloga/, kao i mogućnost vođenja radnog spora.¹⁶

Pravo uzbunjivača na naknadu štete

Kako se sve veća pažnja posvećuje zaštiti lica koja ukazuju na korupciju, obelodanjuju korupciju, neophodno je napomenuti da je u Republici Srbiji donet Zakon o zaštiti uzbunjivača radi uspostavljanja efikasne i delotvorne zaštite uzbunjivača odnosno lica koja prijave sumnju na korupciju.

Odredbom člana 4. Zakona o zaštiti uzbunjivača propisano je da je zabranjeno preduzimanje štetne radnje, a "štetna radnja" u smislu odredaba člana 2. stav 1. tačka 7. ovog zakona je svako činjenje ili nečinjenje u vezi sa uzbunjivanjem kojim se uzbunjivaču ili licu koje ima pravo na zaštitu kao uzbunjivač ugrožava ili povređuje pravo, odnosno kojim se ta lica stavljaju u nepovoljniji položaj. Odredbom člana 21. stav 1. ovog zakona između ostalog je propisano da poslodavac ne sme činjenjem ili nečinjenjem da stavi uzbunjivača u nepovoljniji položaj u vezi sa uzbunjivanjem, dok je odredbom člana 22. ovog zakona propisano da u slučajevima nanošenja štete zbog uzbunjivanja, uzbunjivač ima pravo na naknadu štete, u skladu sa zakonom koji uređuje obligacione odnose.

U slučajevima nanošenja štetnih posledica zbog uzbunjivanja, uzbunjivač i povezano lice imaju pravo na naknadu štete, a izvor ove obligacije u pogledu osnovna odgovornosti je u ovom posebnom zakonu, a ne u zakonu o obligacionim odnosima. To u praksi znači da će uzbunjivač, odnosno lice koje shodno zakonu uživa zaštitu kao uzbunjivač, imati pravo na naknadu štete na osnovu posebnog zakona, a o uslovima za naknadu štete, vrsti štete i obimu naknade štete primenivaće se propisi obligacionog prava, tako da uzbunjivač i lice koje uživa zaštitu kao uzbunjivač imaju pravo na potpunu naknadu štete (materijalne i nematerijalne) koja im je naneta zbog uzbunjivanja. Šteta može biti materijalna i nematerijalna.¹⁷

Pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete zbog objavljivanja informacije u medijima

Što se tiče drugih zakona, isti priznaju oštećenom pravo na naknadu nematerijalne štete, ali ne određuju posebne oblike nematerijalne štete za koje bi ošte-

¹⁶ Branko Lubarda, referat, Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Srbije, broj 2/2008, Inter-mex, Beograd.

¹⁷ Mirjana Martić, Marijana Šarac, "Priručnik za primenu Zakona o zaštiti uzbunjivača", str. 46-47, Beograd, 2015. god.

čeni imao pravo na pravičnu naknadu, tj. isti ne proširuju listu tih oblika koji su inače propisani odredbama ZOO.

Tako, Zakon o javnom informisanju i medijima, kao posebni zakon, isključuje primenu ZOO u delu odredbi kojima je ova materija posebno regulisana. Pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete pripadaju svakom licu na koga se odnosi informacija čije je objavljivanje u skladu sa ovim zakonom zabranjeno, a u skladu sa opštim propisima i odredbama ovog zakona, nezavisno od drugih sredstava pravne zaštite koja tom licu stoje na raspolaganju u skladu sa odredbama ovog zakona.¹⁸ Takođe, pravo na naknadu štete iz stava 1. ovog člana ima i lice kojem nije objavljen odgovor, ispravka ili druga informacija čije je objavljivanje naloženo odlukom nadležnog suda, a koje zbog neobjavljivanja trpi štetu.¹⁹ Saglasno odredbi člana 115. Zakona o javnom informisanju i medijima, novinar, odgovorni urednik i izdavač solidarno odgovaraju za štetu nastalu objavljivanjem informacije iz člana 112. stav 1. ovog zakona, kao i za propuštanje objavljivanja informacije iz člana 112. stav 2. ovog zakona, s tim što njihova odgovornost može biti isključena u slučajevima iz člana 116. stav 1. tač. 1, 2, 3, 4. i 5. ovog zakona odnosno ako je informacija: verno preneti iz javne skupštinske rasprave ili javne rasprave u skupštinskom telu (tačka 1); verno preneti iz sudskog postupka, u skladu sa ovim zakonom (tačka 2); verno preneti s javnog skupa, a novinar je postupao s dužnom novinarskom pažnjom (tačka 3); sadržana u dokumentu organa javne vlasti na koji se primenjuje zakon kojim se uređuje slobodan pristup informacijama od javnog značaja, a javnost ima opravdani interes da za nju zna (tačka 4) i objavljena u emisiji koja se emituje uživo, a novinar je postupao s dužnom novinarskom pažnjom (tačka 5).

Neophodno je napomenuti da je odredbom člana 116. stav 2. ovog zakona propisano da za štetu prouzrokovanu objavljivanjem neistinite ili nepotpune informacije koja potiče od organa javne vlasti odgovara Republika Srbija, autonomna pokrajina, odnosno jedinica lokalne samouprave čiji je to organ, bez obzira na krivicu. Saglasno odredbama člana 117. stav 1. tač. 1. i 2. ovog zakona, sud prilikom odlučivanja o visini naknade štete, posebno ceni: da li je tužilac pokušao da umanji štetu korišćenjem drugih sredstava pravne zaštite u skladu sa odredbama ovog zakona (tačka 1) i da li je tuženi onemogućio tužiocu da umanji štetu objavljivanjem odgovora, ispravke ili druge informacije na osnovu odluke nadležnog suda (tačka 2). Kada su u pitanju rokovi, rok za podnošenje tužbe za naknadu štete je šest meseci od dana objavljivanja informacije iz člana 112. stav 1, odnosno od dana kada je tuženi bio dužan da objavi informaciju iz člana 112. stav 2. ovog zakona. Posebno napominjemo da imalac prava na odgovor na informaciju koja se na imaoca prava odnosi, tužbu sudu podnosi protiv odgovornog urednika u

¹⁸ član 112. stav 1 Zakona o javnom informisanju i medijima.

¹⁹ član 112. stav 2. Zakona o javnom informisanju i medijima.

smislu odredbe člana 83. stav 2. ovog zakona, a odgovornog urednika mora imati svaki medij u smislu člana 48. stav 1. ovog zakona, s tim da, u smislu stava 2. ovog člana, glavni urednik medija ima svojstvo odgovornog urednika tog medija.

Tužba za naknadu štete nastale objavljivanjem neistinitih informacija u dnevnim novinama može se podneti samo u prekluzivnom roku od šest meseci propisanom Zakonom o javnom informisanju.²⁰ Novinar, odgovorni urednik i pravno lice koje je osnivač javnog glasila, koji su pre objavljivanja s pažnjom primerenom okolnostima mogli utvrditi neistinitost ili nepotpunost informacije, solidarno odgovaraju za materijalnu i nematerijalnu štetu prouzrokovanu objavljivanjem informacije.²¹

Kada je tužbeni zahtev usmeren na objavljivanje odgovora na informaciju u smislu Zakona o javnom informisanju, sud je ograničen u ispitivanju samo na ispunjenost uslova propisanih zakonom za podobnost objavljivanja odgovora na informaciju. Sagledavanje sveobuhvatnih prilika na koje posredno ukazuju informacije za čije se objavljivanje traži odgovor, nisu predmet ovih postupaka.²² Dakle, kada se ima u vidu sve navedeno, nematerijalna šteta se naknauje *nenovčano* – objavljivanjem odgovora, i *novčano* – isplatom naknade svakom licu na koga se odnosi informacija čije je objavljivanje u skladu sa Zakonom o javnom informisanju i medijima, a u skladu sa opštim propisima i odredbama ovog zakona, nezavisno od drugih sredstava pravne zaštite koja tom licu stoje na raspolaganju u skladu sa odredbama ovog zakona.

Dalje, imajući u vidu odredbe Zakona o autorskom i srodnim pravima proizlazi da je autorsko pravo u svojoj biti preventivno i da su odredbe ovog zakona usmerene na neovlašćeno korišćenje duhovne tvorevine od strane trećih lica bez saglasnosti autora. Povređena su moralna prava autora fotografije, kada je fotografija objavljena bez naznačenja imena ili pseudonima autora, kao i kada je fotografija objavljena u skraćenoj formi.²³

*Naknada nematerijalne štete pravnom licu zbog narušavanja
poslovnog ugleda povredom žiga i nelojalnom konkurencijom*

Kada se ima sve navedeno u vidu, mora se ukazati i na to da nematerijalnu štetu, osim fizičkog lica, može pretrpeti i pravno lice, a zbog narušavanja ugleda

²⁰ Iz rešenja Apelacionog suda u Novom Sadu, Gž. 9814/10 od 22.09.2010. godine, autor sentence: Đura Tamaš, Bilten Apelacionog suda u Novom Sadu, broj 2/2011, Intermex, Beograd.

²¹ Iz presude Višeg suda u Novom Sadu, P. 44/11 od 29.06.2011. godine, autor sentence: Vladimir Bešlin, Bilten Višeg suda u Novom Sadu, broj 2/2011, Intermex, Beograd.

²² Iz presude Apelacionog suda u Beogradu Gž-194/11 od 27.01.2011. godine, Autor sentence: Jelena Marković, Bilten Apelacionog suda u Beogradu, broj 5/2013, Intermex, Beograd.

²³ Iz odluke Apelacionog suda u Beogradu, Gž. 351/15 od 25.03.2015. god.

pravnog lica povredom žiga i nelojalnom konkurencijom neovlašćenom upotrebom žiga. U dosadašnjoj sudskoj praksi sporno je da li u navedenim slučajevima nosilac prava na žig ima pravo samo na imovinsku (materijalnu) štetu, ili mu se zbog povrede njegovog prava može dosuditi i neimovinska (nematerijalna šteta).

Zakon o obligacionim odnosima iz 1978. godine prihvatio je subjektivnu koncepciju neimovinske štete.²⁴

Lice koje povredi žig ili pravo iz prijave odgovara za štetu po opštim pravilima o naknadi štete iz Zakona o obligacionim odnosima, a odgovornost za štetu zbog povrede žiga ne isključuje odgovornost za delo nelojalne konkurencije.

Međutim, ako je povreda žiga učinjena namerno, tužilac može od tuženog, umesto naknade imovinske štete, zahtevati naknadu do trostrukog iznosa uobičajene licencne naknade koju bi primio za korišćenje žiga, čime je znatno pooštrena odgovornost u slučaju namernog prouzrokovanja štete, odnosno u slučaju namerne povrede žiga, jer se uvodi mogućnost višestrukog uvećanja obima naknade, što predstavlja i odstupanje od opšteg pravila o potpunoj naknadi iz čl. 190. i 191. Zakona o obligacionim odnosima, i ima kazneni karakter za tuženog, a karakter satisfakcije za tužioca. A u delu koji prevazilazi iznos uobičajene licencne naknade koju bi primio za korišćenje žiga, ova naknada, u suštini predstavlja i svojevrstan vid novčane naknade nematerijalne – neimovinske štete.²⁵

U sudskoj praksi međutim preovladava stav o nepriznavanju nematerijalne štete zbog narušavanja poslovnog ugleda preduzeća usled povrede prava na žig, uz obrazloženje da novčana naknada nematerijalne (moralne) štete koju potražuje pravno lice (privredni subjekat) ne uživa sudsku zaštitu, jer se vidovi nematerijalne štete (pretrpljeni bol, strah i dr.) mogu dosuđivati samo fizičkim licima. Pri tome, priznaje se da i pravno lice ima ugled, dakle jedno od najvažnijih prava ličnosti, ali se primenjuje subjektivna koncepcija nematerijalne štete, prema kojoj se vidovi nematerijalne štete ispoljavaju kroz psihičke doživljaje svojstvene isključivo fizičkim licima - dakle kao strah, fizički bol ili duševne patnje.

Međutim, u sudskoj praksi postoje i suprotna pravna shvatanja, prema kojim za povredu zaštićenog robnog žiga tužilac ima pravo i na naknadu nematerijalne štete, koja predstavlja satisfakciju zbog povrede koju je pretrpeo. I u slučaju nelojalne konkurencije neovlašćenom upotrebom robnog žiga, u sudskoj praksi postoji stav da sud može da obaveže tuženog na plaćanje nematerijalne štete po svojoj oceni, i takva naknada ima simboličan karakter. Pri tome, visinu nematerijalne štete koju je pretrpelo pravno lice, sud utvrđuje po slobodnoj oceni.

²⁴ Miroslav Vrhovšek, Vladimir Kozar, *Nematerijalna šteta zbog narušavanja ugleda pravnog lica*, Branič - časopis Advokatske komore Srbije, 2010, vol. 123, br. 1-2, str. 85-102.

²⁵ Vladimir Kozar, *Vrste štete zbog povrede prava na žig i nelojalne konkurencije*, *Pravo i privreda*, vol. 37, br. 5-8, str. 669-673, 2000.

ZAKLJUČAK

Za postojanje odgovornosti po osnovu krivice potrebno je da se ispune uslovi: postojanje štete, da je šteta nastala protivpravnom radnjom ili propuštanjem štetnika, da se ta radnja i nastala šteta mogu pripisati u krivicu štetnika i da postoji uzročna veza između protivpravne radnje i štete. Materijalna šteta se deli na običnu štetu i izmaklu korist. Kod obične štete dolazi do umanjenja postojeće imovine oštećenog. Novčana naknada nematerijalne štete može se dosuditi ako sud nađe da okolnosti slučaja, a naročito jačina duševnih bolova i straha, kao i njihovo trajanje to opravdavaju. Propisan poseban režim obaveznog osiguranja od autoodgovornosti vlasnika motornih vozila za štetu pričinjenu trećim licima.

Poslodavac odgovara za štetu koju odgovorno lice ili zaposleni vršeći zlostavljanje prouzrokuje drugom zaposlenom kod istog poslodavca. Uzbunjivač i lice koje uživa zaštitu kao uzbunjivač imaju pravo na potpunu naknadu štete (materijalne i nematerijalne) koja im je naneta zbog uzbunjivanja. Pravo na naknadu materijalne i nematerijalne štete pripadaju svakom licu na koga se odnosi informacija čije je objavljivanje zabranjeno, nezavisno od drugih sredstava pravne zaštite koja tom licu stoje na raspolaganju.

U sudskoj praksi preovladava stav o nepriznavanju nematerijalne štete zbog narušavanja poslovnog ugleda preduzeća usled povrede prava na žig, uz obrazloženje da novčana naknada nematerijalne (moralne) štete koju potražuje pravno lice (privredni subjekat) ne uživa sudsku zaštitu, jer se vidovi nematerijalne štete (pretrpljeni bol, strah i dr.) mogu dosuđivati samo fizičkim licima.

VLADIMIR VRHOVŠEK

Judge of the High Court in Belgrade

VLADIMIR KOZAR, Ph.D.,

Professor, Faculty of Law, Business Academy Novi Sad.

COMPENSATION FOR MATERIAL AND IMMATERIAL DAMAGE CAUSED TO NATURAL AND LEGAL PERSONS IN SERBIAN LAW

Summary

This paper presents legal provisions, legal science studies and court practice related to compensation for material and immaterial damage caused to natural and legal persons in Serbian law. Emphasis is placed on the issues related to: culpability; contribution between multiple parties and the harmed party to damage sustained; actual harm and losses as forms of material damage and the definition of immaterial damage; compensation for material damage under reparation principle and quantification criteria for compensation of immaterial damage; objective liability for damage caused by dangerous property; liability for damage caused by mobbing (bullying); entitlement of a whistleblower to damage compensation; entitlement to compensation for material and immaterial damage sustained due to publishing harmful statements by the media; compensation for immaterial damage sustained by a legal person due to causing harm to its professional reputation by acts of trademark infringement and disloyal competition.

ZASTUPNIŠTVO – PROŠLOST I SADAŠNJOST

Pitanje porekla slobode ugovaranja, a samim time, posredno, i pitanje ugovaranja preko drugog lica-zastupništvo, vuče svoje istoriske korene još iz prvobitne zajednice, premda se u tom periodu razvoja čovečanstva ne može govoriti o zastupništvu kao pravnom institutu građanskog prava. Divljaštvo, okarakterisano niskim stepenom razvoja oružja i oruđa za rad, kao i ljudskim veštinama, je period u kojem se ljudi udruživaju u društvenim zajednicama (horda i gens), i u kojim koriste kolektivna sredstva za proizvodnju i zajedničku snagu za prisvajanje gotovih proizvoda prirode i primitivno stvaranje osnovnih proizvoda za preživljavanje. U ovom periodu ne postoji jedinka kao identitet, kao fizičko lice, već je prepoznatljiv samo identitet zajednice¹, i u tim i takvim uslovima čovek kao pripadnik te zajednice nema nekih posebnih interesa koji bi ga izdvojili od interesa zajednice. U periodu varvarstva, čovek je već dovoljno sazreo da može, na osnovu prethodnih iskustava i saznanja, da uspostavi nove metode preživljavanja, proizvodnje, obrađivanje zemlje i čuvanje stoke. U ovom periodu nastaje prvi višak proizvoda i prvi javni elementi razmene. U drugom, razvijenijem nivou varvarstva, sredstva za proizvodnju se usavršavaju i stvara se sve veći višak proizvoda, ali ulogu razmenjivača dobija (ili preuzima) vođa ili starešina zajednice, čime se konstituiše, makar i prividno, jedna nova vrsta vlasništva-vlasništvo starešine zajednice. Konačno, treći period varvarstva koji donosi rast i razvoj sred-

Dr Igor Kambovski, profesor Pravnog fakulteta, Univerzitet "Goce Delčev", Štip, Makedonija.

¹ Engels F. Poreklo porodice, privatne svojine i države, Beograd, 1950, str.33

stava proizvodnje odvajanje manufakture od zemljoradnje omogućuje stvaranje sve većih zaliha proizvoda, koje idu u ruke pojedinaca, čime sve više jača privatno dok slabi kolektivno vlasništvo. Taj višak proizvoda je podoban i koristi se isključivo za razmenu i pretstavlja stvaranje trgovine kao posebne delatnosti i trgovaca kao pojedince koji se ne bave proizvodnjom već isključivo razmenom proizvoda. Ovo obeležava početak civilizacije i pojavu prvih klasnih podela između ljudi, a samim tim i prelaz u novo društveno uređenje-robotvlasništvo. Oni pojedinci koji su se već izdvojili iz zajednice postaju titulari prava privatnog vlasništva i, samim tim, nosioci posebnih prava, ovlašćenja i obaveza, što im omogućuje slobodno ugovaranje prilikom obavljanja razmene.

Iz iznesenog može se konstatirati da suštinski osnov slobode ugovaranja leži u pojavi određenih stvari i dobara koji se, kao višak koji ostaje posle procesa proizvodnje za lične potrebe, smatraju ekonomskim dobrom namenjenim za razmenu i zadovoljavanje potreba trećih lica. Ta se razmena ne ostvaruje sama po sebi, već je proizvod zajedničkih napora i plod zajedničkog čina slobodno izražene obostrane volje vlasnika robe za razmenu.

Sloboda ugovaranja ima nekoliko pojava oblika²: (ugovorne) strane mogu slobodno i samostalno odlučivati dali će stupiti u datom ugovornom odnosu; kada i sa kim će stupiti u odnos; kako će urediti odnos i u kakvoj će formi izraziti njegov sadržaj; dali i kada će, slobodnom izjavom volje, promeniti taj odnos u pogledu strana, predmeta ili sadržaja; koliko će trajati ugovorni odnos i kako će prestati.

Ovi okviri slobode ugovaranja nisu konstantni, oni su uslovljeni pravnim poretkom i sistemom i odrazuju objektivnu stvarnost u društvu. U tim okvirima, javlja se i mogućnost da se sloboda ugovaranja manifestuje u indirektnom obliku, putem prenosa ovlašćenja za delovanje u ime i za račun drugog lica. To znači da se pojavom imovinsko-pravnog prometa i slobode ugovaranja prilikom razmene dobara stvaraju uslovi za uspostavljanje i praktičnu primenu instituta zastupništva, još u prvim, najstarijim epohama i društvima. Ipak ovaj je institut uveden i pravno regulisan mnogo kasnije, mada su neki pojava oblici i srodni instituti iz tih vremena još uvek aktuelni i primenljivi u današnjem savremenom društvu.

(NE)ZASTUPANJE U RIMSKOM PRAVU

Veliki broj romanista i civilista smatra da u rimskom obligacionom pravu nije bilo, niti je moglo biti, uslova za zastupništvo. Formalizam i naglašeno lič-

² Opštestvena-ekonomska uslovenost na slobodata na dogovaranje kako eden od osnovnite principi na dogovorenoto obligaciono parvo, Godišnik na Pravniot fakultet vo Skopje, 34, 1990, str. 73-87.

no-pravno dejstvo obligacionih odnosa je onemogućivalo licu koje je učestvovalo u nastajanju obligaciono-pravnog odnosa da ne bude obavezano samim tim odnosom. Mandatar je bio lično obavezan pravnim poslovima koje je preuzimao za vlastodavca. Čak i kada je pravni promet u Rimu preminuo granice fizičkih mogućnosti za obavljanje sve većeg obima pravnih poslova od strane pojedinaca i kada je poslovanje preko drugog lica već postalo uobičajena praksa, ipak, nije dovelo do priznavanja zastupanja kao pravnog standarda poslovanja u ime i za račun drugog lica. Najvažniji korak u prilog zastupništva je uvođenje sistema tužbi *actiones aedictitiae qualitatis* kojim je omogućeno onim licima koja nisu učestvovala u pravnim poslovima da budu obavezana navedenim tužbama.

Po pravilu, svako koji je učestvovao u obavljanju neke pravne radnje bio bi obavezan istom, ali bi pretor, pod izvesnim uslovima, obavezivao i lice koje nije učestvovalo u sačinjavanju tog pravnog posla, koristeći pri tom, formulu prome-njenog subjekta. Ovo obavezivanje je bilo nametnuto zbog potreba ekonomskog i pravnog prometa. Širenje granica rimske države, kao i povećani obim pravnog prometa, doprinelo je pojavi pretorovih tužbi *actiones adiectitiae qualitatis*, čime se poveriocu, pored lica koje je zaključilo ugovor sa njim, pridodato još jedno lice-solidarni dužnik, gospodar pravnog posla. Ovaj pretorov praktični izum sadrži izvesne elemente zastupništva, što predstavlja značajni doprinos ka uspostavljanju instituta zastupništva.

Drugi deo savremene definicije o pojmu zastupništva, koji se odnosi na oslobađanje od obaveza onog lica koje je preuzelo pravni posao i isključivo obavezivanje gospodara pravnog posla, nije bio poznat u rimskom pravu. Rimljani su prihvatili postulat da neko može biti obavezan na osnovu ugovora kojeg sam nije zaključio, ali nikad nisu prihvatili da onaj koji je ugovarao pravni posao ne treba biti obavezan samim tim ugovorom ili pravnim poslom. Tako, rimsko pravo nije uspeło da konstituiše zastupništvo, ono je samo dodalo još jedno lice na strani dužnika, pored redovnog dužnika, i to ne sa namerom da bi se to lice obavezalo ugovorom, već da bi se redovnom dužniku pridružio još jedan, jači i bogatiji dužnik. Time je rimsko pravo, ovim praktičnim konstrukcijama pretora, doprineło za iznalaženje načina za uspostavljanje zastupništva u docnijim evropskim pravima u srednjem veku.

POJAVA ZASTUPNIŠTVA U SREDNJEVEKOVNOM EVROPSKOM PRAVU

Potreba za usavršavanjem načina obavljanja dejstva za drugog postojala su i u rimskom pravu, ali sama ideja da se može raditi i poslovati za drugog, srednjevekovno evropsko pravo je pozajmilo od kanonskog prava, konkretno, od učenja

crkve da je ona (crkva) i njeni velikodostojnici, zastupnik Gospoda Boga na zemlji. Prema ovim kanonskim učenjima, kraljevi svih evropskih zemalja su samo zastupnici vrhovnog poglavara crkve u obavljanju svetovne vlasti i zato ih on može menjati po svom sopstvenom ubeđenju ili potrebi. Nastojanje crkve da kanonskim pravom obuhvati što veći deo svetovnog prava je dovelo i do prenosa i preslikivanja ideja i učenja kanonskog prava na svetovno pravo. Takođe, smatra se da je pojava zastupništva bila favorizovana, pored idejama kanonskog prava, i idejama određenih stratega i ideologa u predvečerju Francuske revolucija. Oni su govorili o poštovanju i autonomiji ljudske volje, kojoj su priznavali sposobnost da proizvodi pravna dejstva, čime su mogli opravdati i zastupništvo.

U devetnaestom veku je već postalo izvesno da zastupništvo postoji, u formi ugovora o mandatu, sa kojim se u početku identifikovalo, a dugo vremena je bilo i poistovećivano nakon svoje pojave. Prelazna faza u kojoj se zahtevalo od vlastodavca da potvrdi pravni posao koji je mandatar preuzeo na osnovu mandata je postepeno nestala, i mandatar, obavljajući svoje obaveze nametnute ugovorom, obavezuje time direktno vlastodavca i trećeg lica, da bi on ostao sa strane i bez nikakvih obaveza na osnovu tog pravnog posla.

ZASTUPNIŠTVO U MODERNIM EVROPSKIM KODIFIKACIJAMA.

Prve moderne evropske kodifikacije ne definišu zastupništvo kao ramno-pravni institut sa ostalim institutima privatnog prava. Oni ga razrađuju i objašnjavaju samo kao isključak od pravila nezastupanja u okviru ugovora o mandatu, kod starateljstva i kod nekih slučajeva nepozvanog vršenja tuđih poslova. Takav način (polu)regulisanja zastupništva sadrže Francuski građanski zakonik (Code Civil) iz 1804. godine, Austrijski građanski zakonik (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch – ABGB) iz 1811. godine³ i ostali evropski i neevropski građanski zakonici koji su nastali u tom periodu. Pravnoj teoriji, paralelno sa povećanim potrebama za poslovanje preko drugog i širenjem takve prakse, preko sudske prakse i u okviru mandata, bilo je omogućeno da postepeno sagleda značaj i svojstva ovog pravnog instituta. U sudskim odlukama i u teoretskim i naučnim radovima počela je da se nazire razlika između osnova nastajanja ovlašćenja i samog vršenja pravnih poslova, čija su se dejstva odnosila na lice u čije su ime bili preuzimani pravni poslovi. Takva skromna pojava zastupništva je bila neravnomerna i spora, pa se zbog toga i u Francuskoj, zbog načina po kome Code Civil reguliše zastupništvo, do dan danas nije usvojeno njegovo odvajanje od mandata. Ipak, u Fran-

³ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie, 1811.

cuskom trgovinskom zakoniku iz 1807. godine su postojale odredbe koje su predviđale i obuhvatale zastupništvo, ali je ovaj Kodeks imao ozbiljne anomalije i do danas je pretrpeo ozbiljne promene, tako da je od početnih 648 članova sveden na 150, da bi, konačno, doživeo reformu francuskog trgovinskog zakonodavstva usvajanjem revidiranog Trgovinskog Zakonika (Code de Commerce) od 18 septembra 2000 godine. Novi je Zakonik podeljen u 9 tomova, a zastupništvo-trgovinska agentura i komisijon su zastupljeni u prvom tomu⁴.

Nemačka pravna doktrina je bila u boljoj i naprednijoj poziciji i, koristeći podjednako praksu i teoriju, imala je bolje uslove da sagleda i razgraniči zastupništvo od mandata prilikom pripreme Građanskog zakonika. Tako, ova doktrina je prva napravila jasnu distinkciju između mandata i zastupništva, i to je bilo regulisano u Nemačkom Građanskom zakoniku (Bürgerliches Gesetzbuch-BGB) iz 1896. godina i Nemačkom Trgovinskom zakoniku (*Handelsgesetzbuch*) iz 1897. godine. Ovaj zakonik, za razliku od prethodnih evropskih zakonika, izričito usvaja institut zastupništva. Tako, zastupništvo je regulisano već na samom početku, u Opštem delu Zakonika, dok je mandat regulisan u Posebnom delu kao ugovor kojim se daju ovlašćenja za zastupanje. Član 84 predviđa da je trgovski zastupnik lice koje je samostalni trgovac i neprekidno, u kontinuitetu, posreduje ili zaključuje ugovore u ime drugog trgovca. Ipak, i u takvom modernom rešenju postoje recidivi tradicije dugovekovnog mešanja i zajedništva mandata i zastupništva. U opštom delu, u poglavlju koje se odnosi na zastupništvo, navodi se da se zastupanje (ovlašćenje za zastupanje) vrši ili na osnovu ugovora ili jednostrane izjave volje prema zastupniku ili prema licu prema kome se treba obaviti zastupanje. Ugovor o mandatu je vrlo precizno regulisan kao pravni posao opunomoćivanja određenog lica. U Nemačkom trgovinskom zakoniku (5 tomova) u prvom tomu je bilo regulisano trgovinsko zastupništvo, prokura i trgovački punomoćnik. Ni ovaj Zakonik nije ostao neizmenjen, a poslednja redakcija je završena u 2001. g.

Značajan doprinos ka odvajanju zastupništva od srodnih pravnih instituta i pravnih poslova daje Švajcarski zakon o obligacijama iz 1911. godine⁵. U prvom delu zakona je regulisano zastupništvo u okviru opštih odredbi koji se odnose na ugovore kao prvi izvor obligacija. Ovlašćenje za zastupanje nije vezano za ugovor, kao izvor ovlašćenja, već za pravni posao uopšte. Ugovor o mandatu je regulisan u drugom delu zakona, definisan kao ugovor kojim se nalogoprimaoc obavezuje da vrši određeni radnju ili uslugu. Ujedno, mandat koji je dat za obavljanje

⁴ LIVRE Ier : Du commerce en general; Chapitre IV: Des agents commerciaux. Article L134-1 – L134-17.

⁵ Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: The Code of Obligations) of 30 March 1911.

jednog pravnog posla sadrži i ovlašćenje za vršenje pravnih radnji koje su neophodne za obavljanje osnovnog pravnog posla, osim kod radnji za koje se traži posebno ovlašćenje, kao što je pokretanje određenog postupka, zaključenje poravnjanja, prodaja i opterećivanje nekretnina i drugo.

Veliki doprinos konstituiraju zastupništva i punomoštva, uz veću preciznost u poređenju sa prethodnim zakonicima, daje i Italijanski Građanski zakonik iz 1942. godine. U ovom Zakoniku, zastupništvo je regulisano kao jedan od načina preuzimanja poslova i ugovora za drugog, a ovlašćenje može naći osnov u zakonu ili volje zainteresovanog lica. Mandat (nalog) je pretstavljen kao ugovor kojim se jedna strana obavezuje da će izvršiti jednu ili više pravnih poslova za račun druge strane, i to zastupanjem, ako je za takve radnje ovlašćen, ili bez zastupanja.

Još jedan, savremeni Zakonik koji reguliše zastupništvo i punomoštvo pod uticajem Nemačkog Građanskog zakonika je Građanski Zakonik Grčke iz 1946. godine⁶, u kojem je predviđeno da se mandatom smatra svaki akt kojim se ovlašćenje za zastupanje daje izjavom volje zastupanog lica. Pored jednostrane izjave volje i ugovora o mandatu, ovlašćenje za zastupanje mogu sadržati i neki drugi ugovori, kao na primer ugovor o radu, ugovor o ortaklaku, najamu i drugi.

Mađarski Građanski zakonik iz 1959. godine⁷ sadrži zastupništvo proklamovano kao princip u delu Zakonika koji se odnosi na ugovore uopšte, a ugovor o punomoštvu je obrađen u posebnom poglavlju. Takođe, u ovom su Zakoniku i terminološki odvojeni (jednostrano) voljevo zastupanje (punomoćje) od ugovora za punomoštvo. Zakonik sadrži definiciju zastupništva kao preuzimanje pravnih radnji preko drugog lica, na način što se prava i obaveze odnose na zastupano lice. Zastupništvo može biti na osnovu zakona, akti državne uprave ili izjave volje.

Hronološki, jasno nam je da kroz istoriju prava institut zastupništva vuče korene još iz srednjevekovnog prava, dok su temelji postavljeni sredinom devetnaestog veka u modernim evropskim građanskim kodifikacijama, da bi posle drugog svetskog rata konačno dobio svoje zasluženno mesto u svim evropskim i neevropskim pravnim sistemima.

ZASTUPNIŠTVO U MAKEDONSKOM ZAKONODAVSTVU

O pravnom sistemu Republike Makedonije u istorijskim okvirima može se govoriti jedino kroz prizmu i pregled bivšeg jugoslovenskog zakonodavstva, s obzirom na činjenicu da je Makedonija tek u 1991. godini stekla samostalnost i ne-

⁶ GREEK CIVIL CODE Translation of Constatntin Taliadoros. Greek Civil Code. Ant.N.Sakkoulas Publishers, Athens-Komotini, 2000.

⁷ Act IV of 1959 on the Civil Code of the Republic of Hungary.

zavisnost, odvajajući se od ostalih jugoslovenskih republika, ali sa ozbiljnim pravnim nasleđem u pogledu zakona i drugih normi koje sačinjavaju današnji pravni sistem Republike Makedonije.

U pogledu instituta zastupništva u bivšem jugoslovenskom zakonodavstvu moram napomenuti da su pravna pravila koja su bila važeća na teritoriji Jugoslavije do 6. Aprila 1941. godine nisu imali odredbe o zastupništvu, ali određena sporadična rešenja u pozitivno-pravnim propisima tretiraju zastupništvo kao da je već obuhvaćeno i regulisano u propisima građanskog prava, što ipak nije slučaj, u tom predratnom periodu. Tako, pravna pravila koja su bila važeća na teritorijama predratne Jugoslavije su nudila slična rešenja u pogledu zastupanja. Konkretno, Austrijski Građanski zakonik i Srpski Građanski zakonik (kao njegova skraćena verzija) nisu sadržali pravila koja se odnose na institut zastupništva, a kao osnov za ovlašćenje za ugovorno zastupanje smatrao se samo ugovor o punomoćstvu. U sferi zakonskog zastupanja, bilo je regulisano samo zastupanje deteta od strane oca, u okviru očeve vlasti, zastupanje žene od strane muža i zastupanje štićenika od strane staratelja i tutora. Kod Austriskog zakonika, za razliku od Srpskog Građanskog zakonika, postojalo je i takozvano prećutno ovlašćenje, ovlašćenje posluge, čime su vlasnici dućana, trgovci, mogli da ovlaste svoje zapošljene da ih, u okviru redovnog poslovanja, zastupaju u pravnim poslovima prema trećim licima. To je bilo regulisano na način da, ukoliko ovlašćenje nije bilo formalno dato, njima je to bilo zakonski dozvoljeno i ta lica su bila ovlašćena da zastupaju poslodavca u okviru predmeta poslovanja i prirode samog posla. I u Opštem Imovinskom zakoniku za Knjaževinu Crnu Goru zastupništvo je bilo regulisano na slični način, tako da je u formulaciji ugovora o punomoćstvu sadržano i ovlašćenje punomoćnika za zastupanje vlastodavca. Kao osnov za ugovorno zastupništvo mogao se javiti i ugovor o ortakluku, a zakonsko zastupništvo je postojalo kod zastupanja dece od strane oca (i majke, posle očeve smrti), štićenika od strane staratelja i zastupanje porodične zadruge (kuće) od strane domaćina.

U pogledu procesnog zastupanja pred sudovima, u Srbiji je postojalo zakonsko rešenje koje je omogućivalo efikasniji rad sudova. Tako, 28. februara 1862. godine donet je Zakon o pravozastupnicima, po kojem su pravo zastupanja pred sudovima mogli da dobiju (od strane Ministarstva pravosuđa) ona lica koja su diplomirala pravo ili položila pravosudni stručni ispit, a izmenama ovog zakona u 1865. godini bilo je predviđeno da "pravozastupnik nije morao da završi pravo, već da je položio pravozastupnički ispit".

Forme zastupništva kakve ih danas poznajemo bila su regulisana u posebnim propisima bivšeg jugoslovenskog posleratnog zakonodavstva, i to: Zakonom o obligacionim odnosima iz 1978. godine (član 84-98), Osnovnim zakonom o starateljstvu iz 1965. godine, Zakonom o nasleđivanju iz 1974, Zakonom o opštom

upravnom postupku iz 1965. godine, Zakonom o parničnom postupku iz 1977. godine, Zakon o braku i porodičnim odnosima iz 1980. godine i drugi. Zakonsko i ugovorno zastupništvo tadašnjih privrednih društava bilo je regulisano Osnovnim zakonom o preduzećima iz 1965, Zakonom o prisilnom poravnanju i stečaju, Uredbom o prestanku preduzeća i Opštim uzansama za promet robe i usluga.

Republika Makedonija je posle sticanja nezavisnosti u 1991. godini preuzela veliki broj bivših jugoslovenskih zakona kao republičke propise, da bi u prvoj dekadi nezavisnosti pristupila reformi zakonodavstva i donošenjem novih zakona, uslovljenim novim društvenim uređenjem. Takođe, već 15 godina, u Makedoniji se intenzivno radi na aproksimaciji i harmonizaciji domaćeg zakonodavstva sa *acquis communautaire* Evropske Unije, s obzirom na evro-atlantske aspiracije Makedonije. Iz tih razloga, od osobenog značaja je i praćenje međunarodno-pravnih tokova i trendova, naročito u sferi trovinskog prava, i unifikacija pravnih normi, sa posebnim osvrtom na zastupništvo kao institut građanskog i trgovinskog prava.

U nedostatku Građanskog zakonika Republike Makedonije (njegova izrada je počela u 2010. godini), zastupništvo je obuhvaćeno u sledećim zakonima: Zakon o obligacionim odnosima (2001), Zakon o trgovačkim društvima (2004), Zakon o nasleđivanju (1996), Zakon o parničnom postupku (2005), Zakon o opštom upravnom postupku (2005), Zakon o advokaturi, Porodični zakon i drugi.

Zakon o obligacionim odnosima, kao *lex generalis*, obuhvaća zastupništvo u svim njegovim oblicima. Na početku, u poglavlju 4 je razrađena sposobnost subjekata građansko-pravnih odnosa. Glavni osvrt zastupništvu je usvršćen u drugom otku (član 76-90) zakona. Zakon obuhvata sledeće forme zastupništva: punomoštvo, poslovno punomoštvo, punomoštvo trgovačkog putnika, ovlašćenje zapošljenih lica za obavljanje pravnih radnji u okviru redovnog poslovanja, zastupništvo i odgovornost kod deliktne odgovornosti maloletnih lica (čl. 147), zastupništvo i odgovornost za štetu kod lica sa duševnim bolestima (čl. 151), nepozvano vršenje tuđih poslova (čl. 209), potraživanja upućena poslovno nesposobnim licima (čl. 374), zastupništvo lica sa ograničenom poslovnom sposobnošću kao primaoca poklona (čl. 558), kao i srodne ugovore koje nose izvesne elemente zastupništva-ugovor o ortaklaku (glava 16, čl. 667, 682), ugovor o nalogu (čl. 805-826), ugovor o komisijonu (glava 22), ugovor o trgovinskom zastupništvu (čl. 846-868), ugovor o posredovanju (čl. 869), kao i zastupništvo kod osiguranja (čl. 962).

Konačno, makedonski Zakon o obligacionim odnosima iz 2001. godine, u najvećoj meri zasnovan na genijalnom projektu prof. Konstantinovića, pruža odlični pravni okvir za uređivanje i normiranje zastupništva, fizičkih i pravni lica, u građanskom i u trgovačkom pravu. Uostalom, sva zakonska rešenja novijeg datuma u Republici Makedoniji koja u svom obimu obuhvataju, na ovaj ili onaj način,

zastupništvo, prate najnovije pravne, stručne i naučne trendove i inicijative u regionu, Evropi i u svetu, u funkciji harmonizacije postojećeg pravnog sistema Republike Makedonije sa pravom Evropske Unije i međunarodnim pravnim standardima.

IGOR KAMBOVSKI, LL.D.,
Professor, Faculty of Law, University "Goce Delcev",
Štip, Macedonia

AGENCY – PAST AND PRESENT

Summary

The need to undertake legal steps and measures with the help of another person exists in every society in which there is at least the small sign of a legal operations. The structure of social organization, the type and level of development of its economy, and the development of law and legal theory in the society create the intensity of the needs of agency and how it will be done, or what remedies will serve in that purpose. Thus, the old, primitive legal systems do not recognize the process of taking legal activities for another person through agency, although economics and law in some of those ancient societies were highly developed. The legal practice in these societies developed many legal institutes to very high level and some of them exist even today, with unchanged physiognomy, and serves contemporary law.

RAZLIKE IZMEĐU “OBAVEZA SREDSTAVA,” “OBAVEZA REZULTATA” I “OBAVEZA GARANCIJE” PREMA ZAKONU O OBLIGACIONIM ODNOSIMA

– Na kome je teret dokazivanja kod takvih klauzula? –

U V O D

Zakon o obligacionim odnosima, u svim verzijama primjenljivim na prostorima bivše Jugoslavije, izričito ne predviđa razliku između “obaveza sredstava” u odnosu na “obaveze rezultata” i “obaveze garancije,” iako je ova klasifikacija implicirana sistematskim tumačenjem njegovih odredbi i neminovno proističe iz pravne prirode ugovornih obaveza sankcionisanih objektivnim pravom.

Obaveze rezultata

Naime, ovaj Zakon predviđa sljedeće: “Dužnik se oslobađa odgovornosti za štetu ako dokaže da nije mogao da ispunji svoju obaveznu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih poslije zaključenja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći.”¹

Odgovornost zbog neispunjenja, zasnovana na gore citiranim odredbama, strukturirana je prilično objektivno, jer ne uzima u obzir subjektivne situacije dužnika, koje su ga dovele do neizvršenja. Drugim riječima, izvorni ZOO i

Prof. dr Genc Trnavci, *ad hoc* sudija Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu; profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Bihaću.

¹ Član 263 ZOO.

sve njegove verzije u regionu načelno, dopunsko-dispozitivnim odredbama, uspostavio je obaveze rezultata (*obligations of result*). Nasuprot ovakvom, eksplicitno objektivnom, pristupu zakonodavca, regionalna (porijeklom sa teritorije bivše Jugoslavije) pravna literatura i sudska praksa,² osim rijetkih izuzetaka, preferira zastarjeli, subjektivan koncept odgovornosti zbog neispunjenja ugovornih obaveza, odnosno, onaj koji podrazumijeva obaveze sredstava (*obligations of means*), kao one koje se dopunsko-dispozitivnim odredbama zakona smatraju načelno primjenljivim, osim ako se stranke opredijele pooštriti takvu odgovornost eksplicitno stipuliranim ugovornim odredbama. U novije vrijeme, pak, sve su jači glasovi koji se oslanjaju na jezičko tumačenje gore citiranih odredbi ZOO, koje, kao načelnu odgovornost zbog neispunjenja ugovornih obaveza smatra onu koja proističe iz obaveza rezultata, a ne obaveza sredstava.³ Ima i mišljenja koja smatraju da ova odgovornost po svojoj naravi može biti ili jedna ili druga, u zavisnosti od okolnosti slučaja i prirode pravnog posla, tako što će sud, u svakom konkretnom slučaju, utvrđivati bilo da je ta odgovornost objektivna (jer se podrazumijeva kao obaveza rezultata) ili subjektivna (jer se podrazumijeva kao obaveza sredstava).⁴

Obaveze sredstava

Dakle, prevladava mišljenje da su obaveze obaveze sredstava, zakonom uspostavljena kao princip, osim ako je pozitivnim propisima ili eksplicitnim stipulacijama stranaka nametnuta stroža (obaveza rezultata) ili blaža (obaveza garancije) vrsta odgovornosti. Obaveze sredstava impliciraju subjektivnu odgovornost, koja od dužnika zahtjeva prosječno pažljivo postupanje (na engleskom: *due care*; koja predstavlja pandan kontinentalnom – romansko-germanskome konceptu prosječne, razumne, pažnje *bonus pater familias*, ili dobrog trgovca, u zavisno-

² Ivica Jankovec, *Ugovorna odgovornost* (Poslovna politika, Beograd), 94–103; Oliver Antić, *Obligaciono pravo* (Beograd, 2011), str. 420–421; J. Radišić, *Obligaciono pravo, Savremena administracija*, Beograd, 1990, str. 185. Iz izreke: “Odredbom čl. 263. ZOO prihvaćen je subjektivni kriterij oslobađajućih okolnosti u tom smislu da su to okolnosti koje dužnik nije mogao spriječiti, otkloniti ni izbjeći te da su nastale nakon sklapanja ugovora.” Iz obrazloženja: “Proizlazi da su u predmetnom slučaju nastale sve navedene pretpostavke, jer je utvrđeno da tuženik nije mogao proizvesti tkaninu ugovorene kakvoće koju je morao isporučiti tužitelju budući da predionica koja mu je trebala isporučiti preku potrebne kakvoće nije ispunila svoju obvezu, iako je tuženik sa svoje strane poduzeo sve one mjere koje je kao dobar privrednik morao učiniti u svojem poslovanju”. (Vs Hrvatske, II Rev. 96/86, od 6. 10. 1988. – Psp 40–62).

³ Aleksandar Jakšić i Srđan Stojanović, *Elementi za jedno ugovorno pravo* (Beograd, 1995), 188–189.

⁴ Vladimir Vodinić, *Građansko pravo: uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava* (Službeni glasnik, Beograd, 2012), 492.

sti od toga je li ugovor zaključen između građanskopravnih lica ili privrednika-trgovaca). Obaveze sredstava, dalje, impliciraju obavezu stranaka da koriste sve razumne načine kako bi ostvarili određeni rezultat. Ovakav pristup podrazumijeva da se niti jedan rezultat ne može očekivati sa potpuno sigurnošću, tj. da ispunjenje nije u potpunosti zajamčeno (*fail-safe*), osim ako izričitim odredbama pozitivnih propisa ili stipulacijama stranaka. Najbolji primjer sa ovakve obaveze jesu one koje proističu iz ugovora o nalogu kada advokat zastupa klijenta pred sudom, ili iz ugovora o pružanju medicinskih usluga, kada liječnik pruže usluge liječenja prema pacijentu,⁵ ili obaveze zaposlenika iz ugovora o radu itd. Najbolji način da se izbjegne konfuzija i moguće parničenje uvezi sa razinom očekivanja ispunjenja ugovornih obaveza stranaka u ovom kontekstu jeste izričito ugovaranje klauzula odgovornosti. Na primjer, stranke mogu izričito ugovoriti obaveze sredstava uglavljivanjem sljedećih fraza i klauzula, kao npr.: “dužnik će uložiti maksimalne napore...” ili “dužnik će razumno poduzeti sve što je neophodno...”

Obaveze garancije

Naposlijetku, obaveze garancije (*obligations of warranty*) predstavljaju najstroži oblik ugovornih obaveza. U slučaju neispunjenja obaveze garancije, čak viša sila neće predstavljati legitimnu odbranu (prigovor) od strane dužnika. Jedini način da se ovaj oslobodi jeste da se pozove i dokaže krivicu povjerioca. Ove klauzule se samo izuzetno ugovaraju ili se zakonom izričito propisuju na teret dužnika. Na primjer, skladišta, ugostitelji, pošte i željeznice su objektivno odgovorni za slučajnog gubitka ili oštećenja stvari svojih klijenata.

TERET DOKAZIVANJA KOD NEISPUNJENJA UGOVORA

Ako bi se oslonili na jezičko tumačenje gore citiranih odredbi člana 263 Zakona o obligacionim odnosima, kadgod bi stranke propustile priliku riješiti ovo pitanje izričitim ugovaranjem klauzula odgovornosti, a desi se da ugovoreni rezultat ne bude realiziran, prema regionalnim zakonodavstvima, koja su preuzela ZOO, sud će dužnika ekskulpirati, tj. smatrati da je dužnika sa svoje strane preduzeo sve što je neophodno samo ako se ispune dva preduslova:

(1) ako dužnik dokaže da je pažljivo postupao (oprezno, sa prosječnim-razumnom pažnjom) i marljivo, koristeći sva raspoložive i razumna sredstva kako

⁵ U uporednom pravu primjetna je tendencija pooštavanja odgovornosti liječnika i medicinskih ustanova u vezi sa tretmanom pruženom pacijentu u u pravcu uspostavljanja obaveza rezultata. Vidjeti o ovome u: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11688200>, posljednja posjeta 4. januara 2013. god.).

bi se postigao rezultat ugovora, u skladu sa zajedničkom namjerom ugovornih strana u vrijeme zaključenja ugovora, bez obzira na da li je krajnji rezultat ostvaren ili ne i

(2) ako dužnik dokaže da se ishod ugovoren u trenutku zaključenja ugovora nije mogao ostvariti *zbog okolnosti koje nije mogao spriječiti, ukloniti ili izbjeći*.

Drugim riječima, ukoliko radnje izvršenja ugovorenih obaveza dužnika ne proizvedu željeni rezultat (ishod), u slučaju spora, distribucija tereta dokazivanja među strankama je od krucijalne važnosti, u situacijama kada nezadovoljni povjerilac podnese tužbu protiv takvog dužnika.⁶ U ovom slučaju, a povjerilac/tužitelj treba dokazati sljedeće:

(1) da su stranke zaključile punovažan ugovor;

(2) ako je ugovor recipročan (uzajaman), kadgod dužnik istakne prigovor neispunjene obaveze – *exceptio non adimpleti contractus*, da je povjerilac uredno ispunio svoju obavezu ili, ako se radi o odloženom ispunjenju, da je spreman ispuniti svoju obavezu;

(3) da činidba (aktivna ili pasivna) dužnika nije dovela do dogovorenog rezultata (ishoda) i

(4) da je time povjeriocu nanijeta (ugovorna) šteta.

Samo ukoliko povjerilac uspije dokazati sve gore navedeno, jedini način da se njegov dužnik oslobodi odgovornosti zbog neispunjenja jeste ukoliko dokaže da: (1) on, uloživši dužnu pažnju, preduzeo sve što je neophodno i upotrijebio sva raspoloživa sredstva; (2) a da je rezultat, ugovoren u vrijeme formiranja ugovora, izostao, zbog okolnosti, koje su nastale nakon zaključenja ugovora, a koje nije mogao spriječiti, ukloniti ili izbjeći.

Važno je napomenuti da je Zakon o obligacionim odnosima koristi izraz okolnosti koje nije mogao spriječiti, ukloniti ili izbjeći, kao i viša sila (u uporednim zakonodavstvima: *vis maior, force majeure, act of God*).⁷ Na žalost, u svim preuzetim verzijama, naši zakonodavci su propustili normirati definiciju ovih pravnih pojmova. Isto tako, propustili su jasno razdvojiti pojmove kao što su viša sila, slučaj (*casus fortuitus*), radnja trećeg lica i krivica oštećenog. Srećom, ovaj ovaj delikatan zadatak preuzele su pravna teorija i sudska praksa, koje su, primjenjujući *Pravna pravila*, bile veoma razvijene i prije donošenja ZOO iz 1978. godine. Dakle, radi se o činjenicama koje isključuju ili ograničavaju građanskopravnu odgovornost.

⁶ Član 154, stav (1) ZOO.

⁷ Na primjer, vidjeti član 186 ZOO: "Ako je stvar koja je bila oduzeta imaocu na nedozvoljen način propala usled više sile, odgovorno lice dužno je dati naknadu u novcu."

ČINJENICE KOJE ISKLJUČUJU ILI OGRANIČAVAJU GRAĐANSKOPRAVNU ODGOVORNOST

Građanskopravna odgovornost nije apsolutna i neizbježna. Štetnik može isticati različite obrane i prigovore u naporu usmjerenom ka oslobođenju od odgovornosti za počinjenu štetu ili, pak, ograničavanju obaveze njene naknade. Broj prigovora koje on može isticati zavisi od prirode građanskopravne odgovornosti koja mu se stavlja na teret. Neki prigovori isključuju postojanje građanskog delikta uopće, drugi isključuju protupravnost štetnikovog ponašanja, dok treći isključuju njegovu krivicu za prouzrokovanu štetu. Štetnik će imati veći broj prigovora na raspolaganju, ukoliko se radi o subjektivnoj odgovornosti, th. Ukoliko se od njega očekuje ispuniti obaveza sredstava, dok se taj broj smanjuje kod objektivne odgovornosti, tj. ukoliko se od njega očekuje ispuniti obaveznu rezultata.

Podsjetimo, kod subjektivne odgovornosti, koju preferira sudska praksa u pogledu ugovorne odgovornosti na području bivše Jugoslavije, na oštećenom je teret dokazivanja ponašanja (radnje) štetnika, štete i njihove uzročno-posljedične veze. Subjektivna odgovornost (krivica) se na strani štetnika pretpostavlja. Lice kojem se prouzrokovanje štete stavlja na teret mora dokazati da nije krivo za počinjenu štetu.

Kod objektivne odgovornosti, pak, oštećeni je stavljen u još bolji položaj, jer nije dužan dokazivati uzročnost koja se pretpostavlja. Kao što smo gore pobrajali, dužan je samo dokazati validnost ugovora, ispunjenje svoje obaveze kod uzajamnih ugovora i odsustvo rezultata kod ispunjenja dužnika. Štetnik se ne može osloboditi odgovornosti dokazivanjem da nije kriv, već samo da je šteta prouzrokovana uslijed okolnosti, koje su nastale nakon zaključenja ugovora, a koje nije mogao spriječiti, ukloniti ili izbjeći, tj. uslijed više sile (uključujući i radnju trećeg ili oštećenog, koje za štetnika moraju imati značaj više sile).

Stoga, potrebno je razlučiti višu silu od slučaja.

Slučaj (casus fortuitus)

Slučajni su oni događaji i radnje trećih lica koje štetnik nije mogao predvidjeti uloživši pritom pažnju koja se od njega zahtijeva. Podsjetimo, štetnik će se, u zavisnosti od svojstva koje posjeduje prilikom nastanka štete, pretpostavljeno smatrati krivim, jer prilikom prouzrokovanja štete nije uložio neophodnu prosječnu pažnju dobrog domaćina (*bonus pater familias*), pažnju dobrog privrednika, pažnju dobrog stručnjaka, pažnju kakvom postupa u svojim stvarima (*diligentia quam in suis rebus*), pažnju u nadzoru (*culpa in custodiendo*) i pažnju prilikom izbora (*culpa in eligendo*). *Vice versa*, ukoliko štetnik uspije dokazati da

je kritičnom prilikom uložio zahtijevanu prosječnu pažnju, tj. da se krivica za nastalu štetu ne može pripisati njegovoj nepažnji (namjera se ne pretpostavlja), smatrat će se da nije kriv za nastalu štetu, jer je ona nastala uslijed slučaja.

Dakle, slučaj predstavlja *granicu građanskopravne odgovornosti na temelju krivice*. Pravilo prema kojem se za slučaj građanskopravno ne odgovara bilo je poznato još u rimskom pravu: "*Casus... a nullo praestatur*".⁸ Slučajan nastanak štete pogađa vlasnika stvari (*res perit domino, casus nocet domino, slučaj škodi kojeg zgodi*).⁹ Međutim, zakonom se može proširiti odgovornost određenih lica i za slučaj. Na primjer, ugostitelji, pošta i željeznica odgovaraju za slučajni gubitak i oštećenje stvari. Isto tako, za slučaj se ugovorom može proširiti odgovornost ugovornika. Ponovo istaknimo da je zakonom uspostavljena odgovornost za mješoviti slučaj (*casus mixtus*) na strani dužnika kojem je stvar propala nakon što je zakašnio ispuniti svoju obavezu na vrijeme (tj. nakon što je zapao u docnju).

Zakonodavci najčešće ne daju definiciju slučaja, niti njegov pojam izričito razgraničavaju sa pojmom više sile. Taj zadatak obavljaju pravna teorija i sudska praksa. Najčešća definicija jeste ona koja pod slučajem podrazumijeva događaje i ljudske radnje koje su dovele do nastanka štete, a *štetnik ih nije mogao predvidjeti*, pritom uloživši prosječnu pažnju koja se od njega zahtijeva, ali bi ih, ukoliko bi znao za njih, za razliku od više sile, *mogao spriječiti, savladati ili njihovo djelovanje otkloniti*.¹⁰ Objektivno odgovorno lice se neće moći osloboditi dokazivanjem da je šteta nastala uslijed slučaja, jer ono odgovara i za slučajni nastanak štete. Naš zakonodavac nije dao definiciju slučaja, ali veoma istrajno i često insistira na primjeni ovog instituta.¹¹

Viša sila (vis maior)

Viša sila (*vis maior, casus maior*) se u odnosu na slučaj (*casus minor*) razlikuje po tome što ona podrazumijeva ne samo *nepredvidljiv događaj*, u koji spadaju i radnje trećih lica, već i događaj koji se *nije mogao spriječiti, izbjeći, niti su se njegove posljedice mogle otkloniti*. Dakle, pod višom silom se u građanskopravnom smislu podrazumijeva *nepredvidljiv i nesavladiv događaj* koji je nastao bez krivice lica koje se tereti za prouzrokovanje štete. Za razliku od (običnog) slučaja, viša sila *predstavlja granicu objektivne odgovornosti*. Drugim riječima, viša sila će štetnika osloboditi i subjektivne i objektivne odgovornosti.

⁸ Ulpijan, D.50,17,23.

⁹ *Leksikon građanskog prava*, Nomos, Beograd, 1996, str. 262.

¹⁰ Opširnije o tome u: Andrija Gams, *Uvod u građansko pravo*, Naučna knjiga, Beograd, 1990.

¹¹ Vidjeti članove 262, stav 5, 264. ZOO itd.

Na primjer, kod deliktne odgovornosti, naš zakonodavac izričito defini-
ra pravni pojam više sile u odsjeku posvećenom oslobođenju od odgovornosti za
štetu od opasne stvari i opasne djelatnosti (objektivne odgovornosti):

"Imalac se oslobađa odgovornosti ako dokaže da šteta potiče od nekog uzroka koji
se nalazio van stvari, a čije se djelovanje nije moglo predvidjeti, ni izbjeći ili otkloniti."¹²

Iz navedenih odredbi proizlazi da se pod višom silom podrazumijeva doga-
đaj koji se u vrijeme nastanka štete nalazio van stvari (npr., eksplozija gume nije
vanjski događaj), koji je bio nepredvidljiv – izvanredan (poledica u zimsko doba
nije nepredvidljiv događaj), koji se nije mogao izbjeći (udar groma u zgradu se
može izbjeći postavljanjem gromobrana), niti su se njegove posljedice mogle ot-
kloniti.¹³ U suvremeno doba se, uslijed nezapamćenog tehnološkog razvoja i in-
strumenata predviđanja i mjera sigurnosti od nepogoda i katastrofa, sve više sma-
njuje broj događaja koji se mogu podvesti pod pravni pojam više sile.

Krivica oštećenog (dužnika)

Krivica oštećenog, također, predstavlja pravnu činjenicu na temelju koje se
štetnik može osloboditi naknade štete ili se razmjerno umanjiti njegova obave-
za naknade. U rimskom pravu nije bilo moguće razmjerno umanjivati štetnikovu
obavezu, već se primjenjivao princip "*sve ili ništa*", prema kojem je štetu snosio u
potpunosti ili štetnik ili oštećeni, u zavisnosti od toga čija je krivica veća.¹⁴

U domenu reguliranja podijeljene odgovornosti, naš zakonodavac ne koristi
termin krivica oštećenog, već "*radnja oštećenika*" kao osnovu za razmjerno uma-
njenje naknade¹⁵ i uz to propisuje da će sud dosuditi naknadu vodeći računa o
okolnostima slučaja kada je nemoguće utvrditi njihove udjele u prouzrokovanju

¹² Odsjek 5, član 177, stav 1. ZOO.

¹³ Iz izreke: "Smatra se da radnik na sječi šume radi u okolnostima koje stvaraju povećanu opasnost, pa radna organizacija odgovara za štetu po principu objektivne odgovornosti. Puhanje vjetra tokom sječe i unutrašnja natrulost stabla nisu okolnosti koje se podvode pod pojam više sile i ni djelimično ne otklanjaju objektivnu odgovornost za štetu". (Vrhovni sud BiH, broj Rev. 431/88, od 26. oktobra 1989. godine).

¹⁴ Takav princip se veoma dugo zadržao u angloameričkom pravu pod pojmovima kontri-
butivna nepažnja (*contributory negligence*). Tek kasnije nastala je doktrina i komparativne nepažnje (*comparative negligence*). Prema koncepciji kontributivne nepažnje, šteta se ne razdjeljuje, već cijelu štetu snosi oštećeni. Međutim, u nekim državama SAD razvilo se shvaćanje da je takva koncepcija nepravilna, te je razvijena doktrina komparativne nepažnje, prema kojoj se šteta razdjeljuje u zavi-
snosti od intenziteta krivice učesnika u obligacionom odnosu. (Vidjeti o tome opširnije u: Henry. R. Cheeseman, *Business Law, Ethical, International & E-Commerce Environment*, Fourth Edition, Prentice Hall, Inc, New Jersey, 2001, str. 108).

¹⁵ Usporedi: J. Radišić, supra, str. 232-234; član 192, stav 1. ZOO.

štete.¹⁶ Sudska praksa je na stanovištu prema kojem nema podijeljene odgovornosti kada oštećeni doprinese nastanku štete namjerno ili grubom nepažnjom. Drugim riječima, namjera i gruba nepažnja oštećenog u potpunosti isključuju odgovornost štetnika, mada su pojedini sudovi zauzimali i suprotna stajališta.¹⁷

UGOVORNO OGRANIČENJE I ISKLJUČENJE ODGOVORNOSTI

Zbog očite diskrepance između jasnog slova zakona, s jedne, i sudske prakse, s druge strane, u pogledu razumijevanja zakonskih odredbi u pogledu odgovornosti zbog neispunjenja ugovornih obaveza po pitanju načelnog opredjeljenja da li se radi o obavezama rezultata (na koje ukazuje dikcija zakona) ili obavezama sredstava (koje pretežno prihvata sudska praksa), u skladu sa načelom slobode ugovaranja, poželjno je da povjerilac i dužnik unaprijed prošire, ograniče ili isključe odgovornost za prouzrokovanu štetu.¹⁸ Ovakva sloboda ograničenja i isključenja odgovornosti, pak, nije apsolutna, jer je nužno limitirana načelima savjesnosti i poštenja, zabrane iskorištavanja monopolskog položaja i ne smije biti u suprotnosti sa društvenim vrijednostima koje se štite ustanovom javnog poretka.

Prema našem Zakonu o obligacionim odnosima:

“Odgovornost dužnika za namjeru i krajnju nepažnju ne mogu se ugovorom unaprijed isključiti”¹⁹.

Dakle, raspolaganje odgovornošću moguće je samo u domenu obične (lake) nepažnje (*culpa levis*), dok je u skladu sa načelom *fraus omnia corrumpit*, zabranjeno isključiti odgovornost za namjeru i grubu nepažnju.²⁰ Isto tako, zabranjena je ugovorna odredba o isključenju odgovornosti i za običnu nepažnju, “ako je ta-

¹⁶ Član 192, stav 2. ZOO. Iz izreke: “Kada postoji podijeljena odgovornost za štetu prouzrokovanu oštećenjem stvari, može se dosuditi samo novčana naknada štete u visini potrebnih troškova popravke, srazmjerno obimu podijeljene odgovornosti. U ovakvom slučaju nije moguća naknada štete uspostavljanjem prijašnjeg stanja (obavezivanje štetnika da o svom trošku popravi oštećenu stvar), jer se kod takvog oblika naknade štete ne može uspješno primijeniti princip podijeljene odgovornosti za štetu”. (Presuda Vrhovnog suda BiH, br. Rev. 297/85, od 11. jula 1985. godine).

¹⁷ Vidjeti: Pregled sudske prakse u godini 1973, br. 3, odluku br. 64. Vrhovnog suda Hrvatske Gž. 3397/71, od 08. decembra 1972. godine.

¹⁸ U usporednim zakonodavstvima i posebno angloameričkom pravu ovakve ugovorne odredbe su veoma česte. Nazivaju se klauzulama izuzimanja (*exemption clauses*). Sudovi na njih ne gledaju blagonaklono i uvijek ih tumače restriktivno. Vidjeti britanske zakone: Zakon o nesavjesnim ugovornim odredbama iz 1977. godine (*The Unfair Contract Terms Act*) i druge zakone. (*Defective Premises Act 1972, Consumers Protection Act 1987, Road Traffic Act 1987*; Elisabeth A. Martin, *Oxford Dictionary of Law*, Oxford University Press, Oxford - New York, 1996).

¹⁹ Član 265, stav 1. ZOO.

²⁰ *Culpa lata dolus equiparatur*.

kav sporazum proizišao iz monopolskog položaja dužnika ili uopće iz neravnopravnog odnosa ugovornih strana”²¹.

Moguće je ograničiti visinu naknade štete, osim ako takvo ograničenje nije u očiglednoj nesrazmjeri sa štetom ili je takva mogućnost isključena posebnim propisom.²² Čak i kad je ograničenje visine štete valjano, povjerilac ima pravo na punu naknadu, ako je šteta prouzrokovana namjerno ili krajnjom nepažnjom dužnika.²³ Valja istaći da su zabranjene klauzule o ograničenju i isključenju odgovornosti za tjelesne povrede i smrt lica, jer su pravila koja se odnose na zaštitu tjelesnog integriteta čovjeka imperativne prirode.

Ograničenje ili isključenje odgovornosti ima sličnosti sa pristankom oštećenog na nanošenje štete i sa oprostajem duga. Međutim, kod pristanka oštećenog na nanošenje štete, oštećeni unaprijed pristaje na nanošenje štete, dok takvog pristanka kod ograničenja i isključenja odgovornosti nema, jer se ono primjenjuje samo ako je šteta nanijeta običnom nepažnjom. Oprost duga, pak, podrazumijeva oslobađanje već postojećeg duga, dok se ograničenje i isključenje odgovornosti ugovara prije no što je šteta prouzrokovana.²⁴

ZAKLJUČAK

Zakon o obligacionim odnosima ne predviđa eksplicitnu razliku između “obaveza sredstava,” “obaveza rezultata” i “obaveza garancije.” Ovakva podjela proističe iz sistematskog tumačenja njegovih odredbi, kao i iz pravne prirode ugovornih obaveza normiranih objektivnim pravom. Odgovornost dužnika za neispunjenje obaveze, prema slovu i dikciji zakona u svim regionalnim pravnim porecima koji su preuzeli ZOO, strukturirana je prilično objektivno, jer ne uzima u obzir subjektivne situacije dužnika, koje su ga dovele do neizvršenja. Drugim riječima, izvorni ZOO i sve njegove verzije u regionu načelno, dopunsko-dispozitivnim odredbama, prihvatili su modernu koncepciju sankcioniranja neispunjenja ugovora, jer su uspostavili obaveze rezultata (*obligations of result*), prema kojima se dužnik može osloboditi odgovornosti samo “...ako dokaže da nije mogao da ispuni svoju obavezu, odnosno da je zakasnio sa ispunjenjem obaveze zbog okolnosti nastalih poslije zaključenja ugovora koje nije mogao spriječiti, otkloniti ili izbjeći.” Nasuprot ovakvom stajalištu, pretežni dio pravne teorije i sudske prakse, zbog inercije koja se zasniva na zastarjelom shvatanju kristalizi-

²¹ Član 265, stav 2. ZOO.

²² Član 265, stav 3. ZOO.

²³ Član 265, stav 4. ZOO.

²⁴ Usporedi: J. Radišić, citirano djelo, str. 234.

ranom decenijskom primjenom *Pravnih pravila*, važećim prije donošenja ZOO, i dalje se drži subjektivnog koncepta odgovornosti zbog neispunjenja ugovornih obaveza, odnosno koncepta koji podrazumijeva obaveze sredstava (*obligations of means*), naravno, osim ako se stranke opredijele pooštriti ili razblažiti takvu odgovornost eksplicitno stipuliranim ugovornim odredbama. Obaveze sredstava impliciraju subjektivnu odgovornost, koja od dužnika zahtjeva prosječno pažljivo postupanje (na engleskom: *due care*; koja predstavlja pandan kontinentalnom –romansko-germanskom konceptu prosječne, razumne, pažnje *bonus pater familias*, ili dobrog trgovca, u zavisnosti od toga je li ugovor zaključen između građanskopravnih lica ili privrednika-trgovaca). Obaveze sredstava, dalje, impliciraju obavezu stranaka da koriste sve razumne načine kako bi ostvarili određeni rezultat. Ovakav pristup podrazumijeva da se niti jedan rezultat ne može očekivati sa potpunom sigurnošću. Drugim riječima ispunjenje nije u potpunosti zajamčeno (*fail-safe*), osim ako je to predviđeno izričitim odredbama pozitivnih propisa ili stipulacijama stranaka. Obaveze garancije (*obligations of warranty*), pak, predstavljaju najstroži oblik ugovornih obaveza. U slučaju neispunjenja obaveze garancije, čak ni viša sila neće predstavljati legitimnu odbranu (prigovor) od strane dužnika. Jedini način da se ovaj oslobodi jeste da se pozove na krivicu povjerioca i dokaže je u eventualnom parničnom postupku. Kao takve, ove klauzule se samo izuzetno ugovaraju ili se zakonom izričito propisuju na teret dužnika.

Zakonodavci su propustili definirati i razgraničiti višu silu od slučaja, ali pravna teorija i sudska praksa smatraju da je viša sila nepredvidljiv događaj, u koji spadaju i radnje trećih lica, koji se nije mogao spriječiti, izbjeći, niti su se njegove posljedice mogle otkloniti. Slučajem se, pak, smatraju oni događaji i radnje trećih lica koje štetnik nije mogao predvidjeti uloživši pritom pažnju koja se od njega zahtijeva. Krivica oštećenog, također, predstavlja pravnu činjenicu na temelju koje se štetnik može osloboditi naknade štete ili se razmjerno umanjiti njegova obaveza naknade. Zbog neusaglašenosti sudske prakse sa eksplicitnim slovom zakona, poželjno je da ugovorne stranke izričitim klauzulama odgovornosti unaprijed prošire, ograniče ili isključe odgovornost za prouzrokovanu štetu.

Svi prigovori koje dužnik može istaći prema povjeriocu, kada mu se stavlja na teret prouzrokovanje štete zbog neispunjenja ugovorne obaveze uključuju sve činjenice i okolnosti koje isključuju njegovu građanskopravnu odgovornost i obavezu naknade štete. Sve te činjenice mogu se prikazati na sumaran način. Tako, štetnik može dokazivati sljedeće pravne činjenice i to da:

1. prije svega, da njegovo ponašanje nije prouzrokovalo štetu;
2. da između njegovog ponašanja i štete nema uzročno-posljedične veze;
3. da nema štete;

4. da prouzrokovanje štete nije protupravno (pristanak oštećenog na nanošenje štete, vršenje svog prava, obavljanje javne dužnosti, itd.);

5. da je šteta nanijeta, ali da se ne odnosi na imovinu tužitelja. Drugim riječima, tuženi može isticati prigovor nedostatka aktivne legitimacije na strani tužitelja, što znači da tužitelj u stvari nije povjerilac iz obligacionog odnosa nastalog uslijed prouzrokovanja štete;²⁵

6. kod odgovornosti na temelju krivice (subjektivne odgovornosti), koja podrazumijeva staru koncepciju obaveze sredstava, koju prihvata pretežni dio sudske prakse, ukoliko se utvrdi da je njegovo ponašanje prouzrokovalo štetu, dužnik mora dokazati da je kritičnom prilikom uložio pažnju koja se od njega zahtijevala, tj. da je šteta nastala uslijed slučaja;

7. ako bi se usvojila moderna koncepcija objektivne odgovornosti zbog neispunjenja, koju propisuje ZOO, a načelno podrazumijeva obaveze rezultata, dužnik se može osloboditi odgovornosti samo dokazivanjem da je šteta nastala uslijed više sile;

8. kod obje vrste odgovornosti može dokazivati krivicu oštećenog, i

9. može dokazivati postojanje klauzule sporazumnog isključenja ili ograničenje svoje odgovornosti.

GENC TRNAVCI, LL.D.,

Professor, Faculty of Law University of Bihać

DISTINCTIONS AMONG “THE OBLIGATIONS OF RESULT”,
THE OBLIGATIONS OF MEANS,” AND “THE OBLIGATIONS OF WARRANTY”
ACCORDING TO THE ACT ON OBLIGATIONS
- who is carrying the burden of proof relative to these clauses -

Summary

The Act on Obligations does not explicitly provide for the distinction among “the obligations of means,” “the obligations of result,” and “the obligations of warranty,” though this classification may be inferred from a systematic interpretation of its provisions as well as the legal nature of contractual liability. This article endeavors to explain which conception is applicable in laws from former Yugoslavia implementing the Act on Obligations of 1978.

²⁵ B. Poznić, *Građansko procesno pravo*, Savremena administracija, Beograd, 1991, str. 107-108; B. Čalija, S. Omanović, *Građansko procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2000, str. 139-150.

The liability for non-performance in these countries, as predicated upon the provisions cited above, is structured rather objectively—i.e., taking no account of debtor's subjective situation leading to non-performance. Yet, the regional (i.e., originating from the territory of the Former Yugoslavia) legal literature and case law prefer an outdated, subjective, understanding of contractual liability, i.e., the one that considers obligations of means as those required by the default provisions of law. Therefore, a prevalent opinion is the one considering provisions relative to *obligations of means* as default by nature, meaning a *debtor is required to act carefully* (prudently, or with an average reasonable care of *bonus pater familias*, or a good merchant, depending on whether an agreement is between regular citizens or merchants) and diligently, implicating further that he is expected to use *all reasonable means* endeavoring to accomplish a certain result. Yet, it is understood that in this case *no result is assured* (guaranteed, fail-safe), unless it is required by law or parties' express stipulations.

It is thus said that, according to the traditional legal doctrine, rooted in the Roman law, the *casus* represents a natural boundary to civil liability based on fault (subjective civil liability—both contractual and delictual), while the force majeure is a natural boundary to objective liability (the one based on mere causation—irrespective of fault). In other words the force majeure shall relieve a debtor from both subjective and objective liability. It is worth mentioning that, relative to obligations of means, a debtor is liable both for partial or complete non-performance if accidental circumstances took place *after his culpable default* (*casus mixtus*). In contrast to obligations of means, *obligations of result thus establish objective liability for non-performance*, as this expression fairly suggests, requiring a debtor to actually achieve the bargained-for-result, except only where the debtor *can exculpate himself by rightfully invoking a force majeure or the creditor's fault*.

The best way for contractual parties to avoid confusion and possible litigation later on is to choose the mode of liability by stipulating express clauses.

SADRŽAJ – TABLE OF CONTENTS

Pravda i pravo

Justice and Law

La Justice et le Droit

PRAVO I DRUŠTVENI IMPERATIVI – II tom

LAW AND SOCIAL IMPERATIVES – Vol. II

Druga katedra

Secon Department

PRAVO NA SLOBODU

RIGHT TO FREEDOM

2. Sloboda ličnosti

Freedom of Personality

Olga Cvejić-Jančić

Pomaci u zaštiti lica sa intelektualnim i psihosocijanim
teškoćama

Shift in the protection of persons with disabilities 5

Gabriel García Cantero

Droits de l' enfant... ou droit à l'enfant 23

Penelope Booth

Divorce Reform the English Law Experience
Reforma razvoda braka - iskustvo engleskog prava 33

Zoran Ponjavić

Pravni položaj tazbinskih srodnika u rekonponovanoj porodici Legal position of stepfamily in a blended family.....	41
--	----

*Gordana Kovaček-Stanić,
Sandra Samardžić*

Subjekti artificijelnih reproduktivnih tehnologija i njihova prava u primeni ovih postupaka Subjects of artificial reproductive technologies and their rights within these procedures	57
--	----

*Dušica Palačković,
Sanda Ćorac*

Procesne garantije prava na poštovanje porodičnog života Procedural guarantees of the right to respect for family life	73
---	----

Olga Jović-Prlainović

Pravo deteta na jednakost zabrana diskriminacije The Child's Right to Equality Prohibition of Discrimination	89
---	----

Uroš Novaković

Alimentacioni fond prema Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije Alimentation fund according to Preliminary draft of Serbian Civil code	103
--	-----

Melanija Jančić

Kontroverznost prava na prekid trudnoće kao metoda planiranja porodice Controversy of the Right to Abortion as a Method of Family Plannings	123
--	-----

3. Upravno-pravna zaštita slobode

Administrative-Law Protection of Freedom

Dragoljub Kavran

Reforma javne uprave - misija i stvarnost Public administration - mission and reality	135
--	-----

Dobrosav Milovanović
Vuk Cucić

Reforma upravnog sudstva	151
--------------------------------	-----

Marko Davinić

Sukob između prava javnosti da zna i prava na privatnost Collision between the public's right to know and the right to privacy	165
--	-----

Zehra Odyakmaz,
Bayram Keskin

Human rights and equality institutions as a social imperative	181
--	-----

Dragan Vasiljević

Koncept vanrednih pravnih sredstava po novom Zakonu o opštem upravnom postupku Republike Srbije Concept of extraordinary remedies by new Law on General administrative procedure of the Republic of Serbia	215
---	-----

Zorica Vukašinović-Radojičić,
Aleksandra Rabrenović

Jačanje kapaciteta policije u procesu evropskih integracija Capacity building of police in the european integration process	225
---	-----

Ljubodrag Pljakić

Upravno postupanje u novom Zakonu o opštem upravnom postupku Administrative Proceeding in the new Law on the General Administrative Procedure	237
--	-----

Zoran Lončar,
Aleksandar Martinović,
Darko Golić

Modeli izbora državnih službenika u državama bivše Jugoslavije Models of civil servants selection in states of the former Yugoslavia	251
---	-----

*Borče Davitkovski,
Ana Pavlovska-Daneva,
Ivana Shumanovska-Spasovska,
Elena Davitkovska*

Novi Zakon o opštem upravnom postupku u Republici Makedoniji i njegova primenljivost A new Law on general administrative procedure in the Republic of Macedonia	267
--	-----

*Aleksandar S. Mojašević,
Dejan Vučetić*

Studija o efikasnosti rešavanja upravnih sporova u Republici Srbiji A study on the efficiency of administrative disputes resolution in the Republic of Serbia	283
--	-----

*Treća katedra
Third Department*

PRAVO NA IMOVINU
RIGHT TO PROPERTY

A. Opšta pitanja – kodifikacije
General questions – codification

Slobodan Perović

Prednacrt Građanskog zakonika Republike Srbije	297
--	-----

Miodrag V. Orlić

Istorijat nastojanja da se donese novi Srpski građanski zakonik ...	317
---	-----

Branko Morait

Građanski zakonik kao društveni imperativ Civil code as a social imperative	341
--	-----

Radomir Prelević

Bogišićeva načela za kodifikaciju građanskog prava Bogisic's Principles for Codification of Civil Law in Montenegro	357
---	-----

Jožef Salma

O prvom potpunom normativnom Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije	365
---	-----

Alajdin Alishani

Nekoliko reči o Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije A few words on the Draft of Civil Code of the Republic of Serbia ..	381
--	-----

Dragica Živojinović

Poslovna sposobnost i njeno lišenje u srpskom pravu u svetlu Konvencije o pravima osoba sa invaliditetom Activ legal capacity and its deprivation in serbian law in the light of the Conventin on the rights of persons with disabilities	395
--	-----

Nataša Stojanović

Pravni status životinja od objekata do subjekata u pravu Legal status of animals from objects to subjects in law	413
---	-----

B. Svojina

Ownership

1.a. Svojina i druga stvarna prava

Ownership and other property rights

Nina Planojević

Predmet i sadržina prava građenja u Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije The subject and the content of the right to construction in the Preliminary draft of Serbian Civil Code	431
--	-----

Duško Medić

Realni tereti Factual encumbrance	449
--	-----

Vladimir Todorović,

Predrag Vasić

Obeštećenje žrtava holokausta u kontekstu restitucije Compensation to victims of the holocaust in the context of restitution	465
--	-----

Mirjana Vulić

Pravo svojine na gradskom građevinskom zemljištu The right of property on the building site	481
--	-----

Jasmina Vukotić

Pravna priroda i sadržina prava građenja po Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije The right to build on the Preliminary Draft of the Civil Code of Republic of Serbia	493
--	-----

Đurđe Ninković

Državina u Nacrtu Građanskog zakonika	507
---	-----

Sofija Nikolić

Legalizacija bespravno izgrađenih objekata u Srbiji Legalization of illegally constructed buildings in Serbia	517
--	-----

Rodna Živkowska,

Tina Pržeska

Novine u regulisanju trajnih objekata u zakonodavstvu Republike Makedonije Novelties in regulating permanent structures in Macedonian legislation	533
--	-----

Aleksandra Pavićević

Nalaz tuđe izgubljene stvari u uporednom pravu i budućem srpskom pravu Finding lost movables in comparative law and in the future serbian law	547
--	-----

Dragoljub Lazarević

Sticanje stvarne službensti na osnovu ugovora prema Nacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije Acquisition of real easement under contract by the Draft Civil Code Republic of Serbia	565
---	-----

Divna Sarić,

Milenko Sarić

Sticanje prava svojine po Prednacrtu Građanskog zakonika Srbije Acquisition of the ownership by the Preliminary Draft of Civil Code	585
---	-----

1.b. Svojina i nasleđe

Ownership and inheritance

Balša Kaščelan

Oporezivanje nasleđstva Inheritance tax	597
--	-----

*Žarko Dimitrijević,
Novak Krstić*

Nasledivost prava na garantovano snabdevanje električnom energijom Inheriting the right to the guaranteed electric energy supply	613
--	-----

C. Ugovor i odgovornost za štetu

Contract and Liability for Damage

*Tatjana Jevremović-Petrović,
Nataša Petrović-Tomić*

Naknada nematerijalne štete u slučaju smrti ili povrede životinje (kućnog ljubimca) Compensation of non-material damage in the case of animal (pet) death or injury	629
--	-----

Đorđe L. Nikolić

Dejstvo predugovora prema Prednacrtu Građanskog zakonika Republike Srbije Legal Effects of Preliminary Contract in Pilot draft of Civil Code of the Republic of Serbia	657
---	-----

Snežana Dabić

Mogućnost odricanja od dejstava ostvarenja raskidnog uslova The waiver of condition subsequent	675
---	-----

Boštjan Tratar

Redovni sudovi kao čuvari ljudskih prava u ugovorima građanskog prava Regular courts as guardians of human rights in contracts of civil law	693
--	-----

Marko Perović

Nemogućnost i otežana mogućnost ispunjenja obligacije Termination of obligation due to impossibility of fulfilment	715
---	-----

*Vladimir Vrhovšek,
Vladimir Kozar*

Naknada materijalne i nematerijalne štete fizičkim i pravnim licima u pravu Republike Srbije Compensation for material and immaterial damage caused to natural and legal persons in serbian law	737
--	-----

Igor Kambovski

Zastupništvo – prošlost i sadašnjost Agency – past and present	751
---	-----

Genc Trnavci

Razlike između “obaveza sredstava,” “obaveza rezultata” i “obaveza garancije” prema Zakonu o obligacionim odnosima Distinctions among “the obligations of result,” the obligations of means,” and “the obligations of warranty” according to the Act on Obligations	761
---	-----